Die Richterverhinderung im Verfahrens- und Verfassungsrecht

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität in Tübingen

vorgelegt von

Otto Roever

aus Saarbrücken

7224

1962

Die Richterverhinderung im Verfahrens- und Verfassungsrecht

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität in Tübingen

vorgelegt von

Otto Roever

aus Saarbrücken

1962

Obmann: Professor Dr. Joachim Gernhuber

1. Berichterstatter: Professor Dr. Eduard Kern

2. Berichterstatter: Professor Dr. Fritz Baur

Tag der mündlichen Prüfung: 22. Mai 1962

Druck: Photo Landa Frankfurt/Main

Inhaltsübersicht

	Seite
§ 1. Einleitung	1
1. Teil. Die Richterverhinderung	6
1. Abschnitt. Allgemeines	6
§ 2. Zur Geschichte	6
§ 3. Zum Begriff der Richterverhinderung	13
§ 4. Dauernde und vorübergehende Richterverhinderung	18
§ 5. Wer stellt die Verhinderung fest?	33
A. Feststellung von Fall zu Fall	33
B. Feststellung generell im voraus durch den Geschäftsverteilungsplan	37
§ 6. Der sog. richtungweisende Einfluß des ordentlichen Vorsitzenden	41
§ 7. Der richtungweisende Einfluß des Gerichtspräsidenten insbesondere	57
§ 8. Zur "graduellen" Verhinderung des ordentlichen Vorsitzenden	60
2. Abschnitt. Einzelne Verhinderungsgründe	64
1. Unterabschnitt. Verhinderungsgründe tatsächlicher Art	64
§ 9. Schlafende und geisteskranke Richter	64
A. Schlafende Richter	64
B. Geisteskranke Richter	72
§ 10. Blinde Richter und verwandte Fälle	73
A. Blinde Richter	73
B. Verwandte Fälle	80
2. Unterabschnitt.	
§ 11. Rechtliche Verhinderungsgründe	83

Seite

2. T e i l . Die Bedeutung der Richterverhinderung für das Verfahrens - und Verfassungsrecht 90

§ 12. Richterverhinderung und Strafverfahren 91
§ 13. Sonstige Verfahrensarten 104
A. Zivilprozeß 105
B. Verwaltungsgerichtsverfahren 110
C. Arbeitsgerichtsverfahren 112
D. Sozialgerichtsverfahren 113
E. Finanzgerichtsverfahren 114
§ 14. Reformbetrachtungen 115
§ 15. Richterverhinderung und Verfassungsbeschwerde 120
Schlußwort 128

Schrifttumsverzeichnis

Abegg, Julius F. H.	Beiträge zur Lehre von der Rechtsfindung, IV: Enthalten von der Abstimmung, GA Bd. 6 (1858) S. 738 ff., Bd. 7 (1859) S. 3 ff., 145 ff.
Alsberg, Max - Nüse, Karl-Heinz	Der Beweisantrag im Strafprozeß, 2. Aufl. 1956 - zit.: Alsberg-Nüse, Beweisantrag
Arndt, Adolf	Die Gesetzlichkeit des Richters als Strukturprinzip der rechtsprechenden Gewalt, JZ 1956, S. 633
ders.	Die Gesetzlichkeit des Richters, DRiZ 1959 S. 171
Arnold	Wirkungskreis der Erkenntnisse des Cassationshofes, GS 1o. Jahrg. (1858) S. 98
Baumbach, Adolf - Lauterbach, Wolfgang	Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, Kurz-Kommentar, 26. Aufl. 1961 - zit.: Baumbach-Lauterbach
Berger, Emil	Der Steuerprozeß, Handbuch mit Kommentar zum Rechtsmittelverfahren (1954) - zit.: Berger
Bettermann, August	Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, 3. Bd., 2. Halbbd. (1959) S. 523 - zit.: Bettermann, Grundrechte
Bull, Hans-Joachim	Auch Beisitzer sind Richter, DRiZ 1959, S. 84
Dersch, Hermann - Volkmar, Erich u.a.	Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar (6. Aufl. 1955) - zit.: Dersch-Volkmar
Dietz, Rolf - Nikisch, Arthur	Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar, 1954 - zit.: Dietz-Nikisch
zu Dohna, Alexander Graf	Das Strafprozeßrecht, 2. Aufl. 1925 - zit.: Dohna
Eckstein, Ernst	Schlafende Richter, Geschworene und Schöffen, GS Bd. 83 (1915) S. 127
Erbs, Georg	Handkommentar zur Strafprozeßordnung (1950) - zit.: Erbs
Eyermann, Erich - Fröhler, Ludwig	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 3. Aufl. 1962 - zit.: Eyermann-Fröhler

Feisenberger, Albert	Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar (1926)
Forsthoff, Ernst	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd.: Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 1961
Gage, Kurt - Sarstedt , Werner	Die Revision in Strafsachen, 3. Aufl. 1954 - zit.: Gage-Sarstedt, Revision
Geiger, Willi	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, Kommentar (1952) - zit.: Geiger
Günther, Hans	Bedenken eines jüngeren Richters gegen die "Gedanken eines alten Richters", DRiZ 1958, S. 138
Hahn, Carl	Die geammten Materialien zu dem Gerichtsverfassungsgesetz und dem Einführungsgesetz zu demselben vom 27. Januar 1877, Abteilung 1 und 2 (1879) - zit.: Hahn, Materialien zum GVG
Heilberg, Adolf	Anmerkungen zu Urteilen des Reichsgerichts vom 28. 2. 1924 in JW 1925, S. 1007, vom 21. 4. 1931 (=RGZ 132 S. 301) in JW 1931 S. 2019, vom 14. 11. 1931 in JW 1932 S. 1142 und vom 14. 3. 1932 in JW 1932 S. 2888
Helber	Das Reichsgericht zur Besetzung der Gerichte und zur Geschäftsverteilung, DRiZ 1929 S. 48
Hellwig, Albert	Schlafende und geisteskranke Richter, Monatsschrift für Kriminalpsychologie 11. Jahrgang (1914-1918) S. 529
ders.	Zur Psychologie der richterlichen Urteilsfindung, GS Bd. 82 (1914) S. 403
Henkel, Heinrich	Strafverfahrensrecht (1953) - zit.: Henkel
von Hippel, Robert	Der deutsche Strafprozeß (1941) - zit.: Hippel
Hübschmann, Walter - Hepp, Ernst - Spitaler, Armin u.a.	Kommentar zur Reichsabgabenordnung und den Nebengesetzen, 1.-4. Aufl. 1951-1960 - zit.: Hübschmann-Hepp-Spitaler
Jeschek, Hans-Heinrich	Die Verwirkung von Verfahrensrügen im Strafprozeß, JZ 1952 S. 400
Kaskel, Walter - Dersch, Hermann	Arbeitsrecht, 5. Aufl. 1957 - zit.: Kaskel-Dersch
Kern, Eduard	Der gesetzliche Richter (1927) - zit.: Kern, Gesetzlicher Richter
ders.	Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts (1954) - zit.: Kern, Geschichte

(noch Kern)	Gerichtsverfassungsrecht, 3. Aufl. 1959 - zit.: Kern, GVR
ders.	Strafverfahrensrecht, 6. Aufl. 1960 - zit.: Kern, Strafverfahrensrecht
ders.	Der Aufgabenkreis des Richters (1939)
ders.	Die Ständigkeit der Gerichte und die Überbestzung der Kammern und Senate, DRiZ 1959, S. 142
ders.	Die deutsche Finanzgerichtsbarkeit, DRiZ 1960, S. 374
ders.	Literaturbericht Gerichtsverfassung, ZStW Bd. 71 (1959) S. 430
ders.	Anmerkung zu einem Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG 4/412), JZ 1956, S. 409
ders.	Anmerkung zu einem Urteil des BGH vom 11. 11. 1958 (BGHSt 12/104), JZ 1959, S. 219
ders.	Anmerkung zu einem Urteil des VG Südwürtt.-Hohenzollern vom 14. 1. 1959 (abgedr. in JZ 59/319), JZ 1959 S. 320
Kiderlen, Karl Götz	Die Verwirkung von Verfahrensrügen im Strafprozeß, Tüb. Diss. 1960
Kleinfeller, Georg	Die Funktionen des Vorsitzenden und sein Verhältnis zum Gericht (1885) - zit.: Kleinfeller, Funktionen
Kleinknecht, Theodor - Müller, Hermann - Reitberger, Leonhard	Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 4. Aufl. 1958 - zit.: Kleinknecht-Müller
Klinger, Hans	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar (1960) - zit.: Klinger
Koehler, Alexander	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar (1960) - zit.: Koehler
Kohlhaas, Max	Die Reformbedürftigkeit des § 338 Ziff. 1 StPO, NJW 1958 S. 1428; dazu Schlußwort NJW 1959 S. 471
ders.	Das Beratungsgeheimnis, NJW 1953 S. 401
Kühn, Rolf	Abgabenordnung, Kommentar, 6. Aufl. 1961 - zit.: Kühn
Kühne, Rudolf	Die Rechtsstellung der Beisitzer im Kollegialgericht, DRiZ 1960 S. 390

Lechner, Hans	Kommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz (1954) mit Ergänzungsband (1957) - zit.: Lechner
Löwe, Ewald - Rosenberg, Werner	Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Kommentar, herausgegeben von Emil Niethammer in Gemeinschaft mit W. Geier, H. Jagusch u.a., 1. Bd.: Die Strafprozeßordnung (1958), 2. Bd.: Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze (1956) - 20. Aufl. - zit.: Löwe-Rosenberg Bd. I, Bd. II
Lüttig, Paul	Gedanken eines alten Richters zur vorschriftsmäßigen Besetzung des Gerichts, DRiZ 1958 S. 50, dazu Schlußwort DRiZ 1958 S. 252
Maas, Sally	Der Grundsatz der Unmittelbarkeit in der Reichsstrafprozeßordnung, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 77 (1907)
Maunz, Theodor	Deutsches Staatsrecht, 10. Aufl. 1961 - zit.: Maunz
Mellwitz, Artur	Sozialgerichtsgesetz nebst ergänzenden Vorschriften, Kommentar (1956) - zit.: Mellwitz
Meyer, Karl E.	Kollegialgerichte mit beeinflußbarer Besetzung, DRiZ 1951 S. 86
Mittermaier, Wolfgang	Zur Frage der Schwurgerichte, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, 2. Jahrg. (1905/06) S. 1
Nadelmann, Kurt H.	Die Veröffentlichung von Sondervoten, DRiZ 1958 S. 37
Nikisch, Arthur	Zivilprozeßrecht (2. Aufl. 1952) - zit.: Nikisch
Oehler, Dietrich	Der gesetzliche Richter und die Zuständige Zuständigkeit in Strafsachen, ZStW Bd. 64 (1952) S. 292 ff.
Oetker, Friedrich	Das Verfahren vor den Schwur- und Schöffengerichten (3. Bd. des Handbuches des Strafprozesses von J. Glaser, 1907) - zit.: Glaser-Oetker
ders.	Die Rechtsgrundlagen der Schöffen- und Schwurgerichtsbildung, GA 49. Jahrg. (1903) S. 93
Ostler, Fritz	Gesetzlicher Richter und willkürliche Richterentziehung, JR 1957 S. 454
Peters, Karl	Strafprozeß (1952) - zit.: Peters

Peters, Horst - Sautter, Theodor - Wolff, Richard	Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1958 - zit.: Peters-Sautter-Wolff
Richter, Ernst Günther	Die Stellenbesetzung nach § 7 II VwGO und der Grundsatz des gesetzlichen Richters, JZ 1961 S. 658, 687
Riewald, Alfred	Reichsabgabenordnung und Steueranpassungsgesetz, Kommentar (Teil I 1941, Teil II 1951) - zit.: Riewald
Rosenberg, Leo	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl. 1961 - zit.: Rosenberg
Sarstedt, Werner	Strafverfahren, DRiZ 1960 S. 349
Schiedermaier, Rudolf	Der gesetzliche Richter im Verwaltungsprozeß, DÖV 1960 S. 6 ff.
Schmidt, Eberhard	Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I: Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts (1952), Teil II: Erläuterungen zur StPO und zum Einführungsgesetz zur StPO (1957), Teil III: Erläuterungen zum GVG und zum Einführungsgesetz zum GVG (1960) - zit.: Eb. Schmidt Tl. I, Tl. II, Tl. III
Schmidt-Räntsch, Günther	Gegenstand, Sinn und Grenzen des Beratungsgeheimnisses, JZ 1958 S. 329
Schneider, Joseph	Die Verfahrensrevision in der Sozialgerichtsbarkeit, Juristen-Jahrbuch 1. Bd. (1960) S. 56
Schönke, Adolf	Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, neu bearbeitet von Horst Schröder und Werner Niese, 8. Aufl. 1956
Schorn, Hubert	Die Präsidialverfassung der Gerichte aller Rechtswege (1957) - zit.: Schorn, Präsidialverfassung
ders.	Der Laienrichter in der Strafrechtspflege (1955) - zit.: Schorn, Laienrichter
Schorn, Hubert	Erblindeter Richter in der Gerichtsbarkeit, JR 1954 S. 298
ders.	Die Sicherung der Rechtsstaatsidee und der Unabhängigkeit des Richters im Richtergesetz, DRiZ 1959 S. 139
Schräder, Wilhelm	Die Gesetzlichkeit des Richters, DRiZ 1959 S. 321

Schunck, Egon - De Clerck, Hans	Verwaltungsgerichtsordnung mit ergänzenden Bundesgesetzen und den Ausführungsgesetzen der Länder, Kommentar (1961) - zit.: Schunck-De Clerck
Schwarz, Otto	Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetze, Kurz-Kommentar, 22. Aufl. 1960 - zit.: Schwarz
Seibert, Claus	Der überstimmte Richter, MDR 1957 S. 597
ders.	Der Beisitzer, JZ 1959 S. 349
Siebecke, Otto	Reformbedürftigkeit des § 338 Ziff. 1 StPO? - NJW 1958 S. 1816
Siegert, Karl	Fehlerhafte Besetzung des Kollegialgerichts nach der Rechtsprechung des BGH, NJW 1957 S. 1622
Sprinkhardt	Zur Frage des Vorsitzes in den Kammern der Landgerichte, DJZ 1914 Sp. 299
von Stackelberg, Curt F. Freiherr	Ist § 338 Ziff. 1 StPO reformbedürftig? - NJW 1959 S. 469
ders.	Zur Reform des Strafprozeßrechts, Juristen-Jahrbuch 2. Bd. (1961) S, 171
Stein, Friedrich - Jonas, Martin	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, bearbeitet von Adolf Schönke, fortgeführt von Rudolf Pohle, 18. Aufl. Bd. I: 1953, Bd. II: 1956 - zit.: Stein-Jonas
Stenglein, Melchior	Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich (1885)
Thilo, C.	Das Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich (1879)
Ule, Carl Hermann	Normenkontrolle, Verfassungsbeschwerde und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1953 S. 12
Welzel, Hans	Gesetz und Gewissen, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Juristentags 1860-1960, Bd. 1 (1960) S. 383
Wieczorek, Bernhard	Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Kommentar, 5 Bände und Registerband (1957-1959) - zit.: Wieczorek Bd. I, Bd. II usw.
Wimmer, August	Anmerkung zu einem Urteil des BGH vom 28. 4. 1953 (BGHSt 4/191), JZ 1953 S. 671
Wolff, Hans J.	Verwaltungsrecht I, 4. Aufl. 1961

Wolff	Verwirkungen der Verfahrensrüge durch den Angeklagten, NJW 1953 S. 1656
Zachariae, Heinrich Albert	Handbuch des deutschen Strafprozesses, 1. Bd. (1861)
Zöller, Richard u.a.	Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 9. Aufl. 1958 - zit.: Zöller
Zweigert, Konrad	Die Verfassungsbeschwerde, JZ 1952 S. 321

A b k ü r z u n g e n

a.A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht; Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, Amtl. Sammlung
Bd.	Band
BFH	Bundesfinanzhof
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, Amtl. Sammlung
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, Amtl. Sammlung
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BSG	Bundessozialgericht; Entscheidungen des Bundessozialgerichts, Amtl. Sammlung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht; Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Amtl. Sammlung
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht; Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, Amtl. Sammlung
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRG	Deutsches Richtergesetz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EG	Einführungsgesetz
Erl.	Erläuterung
f.	folgende (Seite)
ff.	folgende (Seiten)
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
G, Ges.	Gesetz

GA	Goltdammers Archiv
GBl.	Gesetzblatt
GG	Grundgesetz
GS	Gerichtssaal
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HESt	Höchstrichterliche Entscheidungen. Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte und der obersten Gerichte in Strafsachen
h.L., h.M.	herrschende Lehre, herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
Komm.	Kommentar
LG	Landgericht
LM (St), LM (Z)	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Linden-maier und Möhring, Strafsachen und Zivilsachen
LZ	Leipziger Zeitschrift
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MRVO	Verordnung der Militärregierung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Brit. Zone in Zivilsachen
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte Münster und Lüneburg, Amtl. Sammlung
PatG	Patentgesetz
Recht	Das Recht. Juristisches Zentralblatt für Praktiker
Rechtspr.	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts
RFH	Reichsfinanzhof; Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofs, Amtl. Sammlung
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RG Rspr.	Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts in Strafsachen

RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Amtl. Sammlung
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Amtl. Sammlung
Rspr.	Rechtsprechung
RStBl.	Reichssteuerblatt
SeuffA	Seufferts Archiv
SGG	Sozialgerichtsgesetz
Sp.	Spalte
StPO	Strafprozeßordnung
Tl.	Teil
VG	Verwaltungsgericht
VO	Verordnung
VRS	Verkehrsrechtssammlung, Entscheidungen aus allen Gebieten des Verkehrsrechts
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

§ 1. Einleitung

I. An den Beginn der Untersuchung sei ein Satz gestellt, der sich in einem neueren einschlägigen Urteil des Bundesgerichtshofes findet[1] und recht gut in den Fragenkreis der Richterverhinderung einführt. Es heißt dort in den Gründen, mit denen eine gegen die Nichtmitwirkung eines Landgerichtsdirektors gerichtete Revisionsrüge verworfen wurde: "Im übrigen ist nicht ersichtlich, inwiefern es gegen eine Verhinderung sprechen sollte, daß sich der ordentliche Vorsitzende am Tage der Hauptverhandlung im Gerichtsgebäude aufgehalten hat."

Zwei Hauptgesichtspunkte für das Thema werden hier angedeutet: Einmal, daß sich der Tatbestand der Richterverhinderung, des Unvermögens eines Richters also, im einzelnen Falle Recht zu sprechen, nicht immer an einem nur äußerlichen, auch dem flüchtigen Betrachter zugänglichen Eindruck messen läßt, daß es vielmehr häufig einer genauen Aufklärung der Hintergründe, der Vorgeschichte, der verdeckten Zusammenhänge bedarf, um die Situation des Richters zutreffend zu beurteilen. Zum andern, daß in der Praxis offenbar allzu leicht der Versuchung nachgegeben wird, oberflächliche Indizien überzubewerten, sich einseitig an sie festzuklammern (Warum soll ein Richter verhindert sein, wenn er z.Zt. der Verhandlung im Gerichtsgebäude weilt?) und von ihnen dann auf eine fehlerhaft besetzte Richterbank oder gar auf eine Entziehung des - im Grundgesetz (Art. 101 I S. 2) und im GVG (§ 16 S. 2) gewährleisteten - gesetzlichen Richters zu schließen.[2] Manches erfolglose Revisions- und Wie-

---

1) NJW 61/1076 (1077)

2) Dazu, daß ein fehlerhaft besetztes Gericht noch nicht gleichbedeutend ist mit einer "Entziehung" des gesetzlichen Richters, s. näher unten S. 124.

deraufnahmeverfahren wegen vorschriftswidriger Besetzung des erkennenden Gerichts[3] würde garnicht erst stattfinden, manche Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG von vornherein unterbleiben, wenn sich die Beschwerdeführer der Mühe unterzögen, den Gründen der - von ihnen angezweifelten - Verhinderung etwas genauer nachzugehen. Viel Ärger, Enttäuschung und unnötiger Verfahrensaufwand könnten so vermieden werden. Auch die Arbeit der Rechtsmittelgerichte leidet, wenn vermeidbare Formalverfahren überhandnehmen; die Durchführung aussichtsloser Prozesse bleibt stets unökonomisch und unerwünscht, objektiv vom Standpunkt der Rechtspflege aus nicht weniger als subjektiv für den Beschwerdeführer.

Auf der anderen Seite sei zugegeben, daß sich die Zusammenhänge bisweilen nur schwer übersehen lassen. Der Beschwerdeführer mag bei seinen - durchaus ernsthaft betriebenen - Nachforschungen auf Widerstände und Schwierigkeiten stoßen. Sie können ihm nicht zuletzt dann erwachsen, wenn er den Geschäftsverteilungsplan, die Schöffen- und die Geschworenenlisten einzusehen begehrt.[4] Manchmal auch erschweren widersprechende Entscheidungen der Gerichte, ja selbst der Kammern und Senate eines und desselben Gerichts die Gewinnung eines sicheren Standpunktes und damit eine Einschätzung der Erfolgsaussichten. Die Ursachen für solche Widersprüche sind vor allem darin zu suchen, daß sich der Begriff der Richterverhinderung nicht exakt und allgemeingültig bestimmen läßt (vgl. unten § 3). Die Übergänge sind vielfach

---

3) Vorschriftswidrige Besetzung ist nach den meisten Verfahrensordnungen absoluter Revisionsgrund, vgl. §§ 338 Z. 1 StPO, 551 Z. 1 ZPO, 72 III ArbGG, 27 S. 2 FGG, 138 Z. 1 VwGO, 162 II, 202 SGG, 101 I S. 1, 99 Z. 1 Entw. FinGO; nach einigen Verfahrensordnungen ist sie auch Wiederaufnahmegrund, vgl. §§ 579 I Z. 1 ZPO, 79 S. 1 ArbGG, 153 I VwGO, 179 SGG, 114 Entw. FinGO.

4) Vgl. dazu das jüngste Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in NJW 61/1989 (Leitsatz: Die Justizverwaltungsbehörden sind verpflichtet, einem Rechtsanwalt Einsicht in die Schöffenakten zu gewähren). S. auch unten S. 141.

fließend, so etwa wenn es um die Abgrenzung der "vorübergehenden" von der "dauernden" Verhinderung geht, die für die Frage der Richtervertretung eine wichtige Rolle spielt.[5]

Zusätzlich erschwert wird die Orientierung dadurch, daß es bisher an jeder zusammenhängenden, systematischen Untersuchung und Darstellung des Problemkreises fehlt. Eingehendere Behandlung in der Literatur haben lediglich einige Teilfragen erfahren, so etwa die Frage, ob und in welchem Umfang auch blinde Richter Verwendung finden dürfen (unten S. 73 ff.), oder ob ein Richter , der während der Verhandlung schläft, als verhindert zu gelten hat (unten S. 64 ff.). Im übrigen aber ist der Rechtsuchende weitgehend angewiesen auf eine Anzahl überall verstreuter höchstrichterlicher Entscheidungen, die von den Erläuterungsbüchern oft nur lükkenhaft, an weit auseinanderliegenden Stellen, losgelöst vom größeren Zusammenhang und meist ohne jede kritische Kommentierung wiedergegeben werden. - Gerade dieser Mangel hat mit angeregt zu der vorliegenden Untersuchung.

Ausschlaggebend aber war, daß dem Problem der Richterverhinderung als einem wichtigen Ausschnitt aus dem Fragenkreis der vorschriftsmäßigen Gerichtsbesetzung und damit des gesetzlichen Richters in den letzten Jahren erhöhte Aktualität zugekommen ist, wie eine längere Reihe neuer, grundlegender Gerichtsentscheidungen beweist. Gerade hier spiegelt sich recht deutlich die vom Bonner Grundgesetz angebahnte Entwicklung vom "bloßen" Rechtsstaat zum sog. "Rechtsprechungsstaat" wider, die wichtige Impulse nicht zum wenigsten von der dem einzelnen neu eröffneten Möglichkeit erhalten hat, gegen die Entziehung seines gesetzlichen Richters Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht

---

5) Näheres hierzu unten S. 18 ff. - Als ein für den Rechtssuchenden besonders verwirrendes Beispiel vgl. die beiden zeitlich ganz nahe beieinanderliegenden Entscheidungen des Reichsgerichts RGZ 119/280 (20. 12. 1927, 3. Ziv.Sen.) und RGZ 119/284 (13. 3. 1928, 7. Ziv.Sen.). Beiden Entscheidungen lag dergleiche Sachverhalt zugrunde. Dennoch beurteilte ihn der 3. Senat als vorübergehende, der 7. Senat als dauernde Verhinderung des Vorsitzenden.

einzulegen. Diese Neuerung hat sehr belebend auch auf den Gebrauch der traditionellen Rechtsbehelfe und Rechtsmittel gewirkt und namentlich die Neigung, formale Rechtsverletzungen mit der Revision zu rügen, bedeutend erhöht.[6]

II. Bei Abgrenzung und Ausarbeitung des Themas hat sich in mancherlei Hinsicht eine Beschränkung und Schwerpunktbildung als sinnvoll erwiesen. Zunächst mußte - entgegen anfänglichen Plänen - auf eine ausführliche Behandlung der Richtervertretung verzichtet werden. Gewiß - Vertretung durch einen anderen Richter ordnen die Gesetze fast durchweg als Rechtsfolge für den Fall der Richterverhinderung an (dies steht in engem Zusammenhang mit dem Grundsatz der Festzahl, s. unten S.9 ff). Durch das Vertretungserfordernis gewinnt die Frage der Richterverhinderung überhaupt erst ihre eigentliche verfahrens- und verfassungsrechtliche Bedeutung. Jedoch - eine zusätzliche und planmäßige Behandlung all der vielen oder auch nur der wichtigsten Vertretungsprobleme[7] müßte den Rahmen sprengen, wollte sie nicht weitgehend im apodiktisch-enumerierenden Stil eines Handkommentars verharren. Vertretungsregelungen werden deshalb nur von Fall zu Fall, soweit es zur Wahrung von Anschauung und Zusammenhang erforderlich ist, und im wesentlichen unter Beschränkung auf das dem Gesetz unmittelbar zu Entnehmende gestreift.

Sodann soll im wesentlichen nur eingegangen werden auf die Verhinderung des erkennenden Kollegialrichters - in erster Linie des Berufsrichters, namentlich des ordentlichen Vorsitzenden. Hier liegen wegen der möglichen Folge eines absoluten Revisionsgrunds die Hauptgewichte. Verhinderung des erkennenden Einzelrichters ist dagegen für die Rechtsmittelpraxis ohne große Bedeutung (s. unten S. 92 f.). - Auch die mit der Verhinderung des beschließenden Kollegialrichters zusammenhängenden Fragen interessieren für die Praxis nicht sonderlich, ebensowenig die Verhinderung eines Rich-

---

6) Manche besorgte Stimme ist darob schon lautgeworden! Vgl. anschaulich z.B. Kohlhaas NJW 58/1428 mit Erwiderungen von

ters an der Wahrnehmung nicht-richtender, namentlich justizverwaltender Aufgaben.

Weiter wurde das Hauptaugenmerk den Justizgerichten, hier den Strafgerichten, hier den Strafkammern der Landgerichte zugewandt. Diese Gewichtsverteilung entspricht der Rechtswirklichkeit, wie sie in der Judikatur zum Ausdruck kommt.[8] Dabei sind jedoch die Verhinderungsprobleme ihrem juristischen Gehalte nach für jeden kollegialen Rechtsprechungskörper jeden Gerichts grundsätzlich die gleichen. So finden die für die Kammern der Landgerichte in 1. Linie maßgebenden Vorschriften des GVG, insbes. die §§ 63, 64, 66, 67 und 70 im wesentlichen auch entsprechende Anwendung auf die Senate der Oberlandesgerichte und des Bundesgerichtshofes (vgl. §§ 117 und 131 GVG), und ebenso enthalten die Verfahrensordnungen der anderen Rechtsprechungszweige durchweg Bestimmungen, die den genannten des GVG entsprechen oder -

---

Siebecke NJW 58/1816 und Stackelberg NJW 59/469 sowie Schlußwort von Kohlhaas NJW 59/471. - Näheres unten § 14.

7) Auch die bis vor kurzem sehr umstrittene Frage, ob mehr als 1 Hilfsrichter bei der konkreten Entscheidung eines Kollegialgerichts mitwirken darf, würde hierher gehören (vgl. jetzt § 29 DRG).

8) Eine überschlägige statistische Sichtung des verarbeiteten Entscheidungsmaterials ergab, daß die bei den Großen Strafkammern und den Schwurgerichten auftretenden Verhinderungsfragen am häufigsten Anlaß zur Rechtsmitteleinlegung geben (fast 2/3 aller einschlägigen Entscheidungen). Es folgen zahlenmäßig die Zivilsenate der OLGe. Die "Ausbeute" aus den anderen Gerichtszweigen (Arbeits-, Verwaltungsgerichtsbarkeit usw.) ist gering. -

Natürlich hängt dies mit der Größenordnung der verschiedenen Gerichtszweige zusammen - die ordentlichen Justizgerichte stehen weit an der Spitze. Hinzukommt die jeweilige Regelung des Instanzenzugs: Die Mehrzahl der Revisionen in Strafsachen nimmt ja von den Strafkammern und den Schwurgerichten und in Zivilsachen nehmen alle Revisionen von den Oberlandesgerichten ihren Ausgang. - Eine Rolle spielt auch die in Strafsachen erhöhte Neigung, absolute Revisionsgründe auszunutzen. S. auch unten S.104.

mit kleinen Modifikationen - auf sie verweisen.[9] Die umfangreiche zu den ordentlichen Justizgerichten publizierte Rechtsprechung dient denn auch ganz allgemein zur Richtschnur. - Soweit sich aber, etwa für die Arbeits- oder die Finanzgerichtsbarkeit, spezifische Abweichungen ergeben, soll auch auf diese gebührend eingegangen werden. -

Einiger Raum wird im letzten Paragraphen der Arbeit der etwas allgemeineren, verfassungsrechtlichen Frage gewidmet, warum Richterentziehung durch die Organe der Gerichtsbarkeit selbst - gerade etwa durch Vorgeben einer nicht existierenden Verhinderung - Willkür voraussetzt. Bestimmend für diesen kleinen Exkurs war die lebhafte Diskussion, die im Schrifttum z. Zt. hierüber im Gange ist. -

1. Teil. Die Richterverhinderung

1. Abschnitt. Allgemeines

§ 2. Zur Geschichte

I. Mit dem Problem der Richterverhinderung beschäftigt sich eingehender erst das moderne Gerichtsverfassungs- und Verfahrensrecht, das etwa ab Geltung der Reichsjustizgesetze (1. 10. 1879) anzusetzen ist. Zwar war der Grundsatz, wonach niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden

---

9) Vgl. für die Gerichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit die §§ 5-8, 9 IV, 10 IV, 173 VwGO (dazu die weitgespannte, allgemein interessierende Abhandlung von Richter in JZ 61/658, 687), für die Finanzgerichte z.B. die §§ 5-8 des bad.-württ. Ges. über die Finanzgerichte vom 30. 6. 1958 (GBl. S. 170), für den Bundesfinanzhof die §§ 58 f., 61 f. AO, für die Gerichte der Arbeitsgerichtsbarkeit die §§ 30, 39, 44 ArbGG (wo jeweils auch die §§ 63-67 GVG für entsprechend anwendbar erklärt werden), für die Gerichte der Sozialgerichts-

darf, um die Mitte des 19. Jahrhunderts in allen deutschen Territorialstaaten anerkannt und meist auch verfassungsmäßig verankert.[1] Er wurde aber anfänglich doch vorzugsweise nur verstanden als Waffe gegen wirklich grobe, eklatante Einmischungen der vollziehenden Gewalt in die Rechtsprechung, als Waffe gegen absolutistische Kabinettsjustiz, gegen herrschaftliche Machtsprüche statt richterlicher Rechtsprüche (Müller Arnold!) und gegen die Einsetzung regierungshöriger Sonderkommissionen, wie sie in den Jahren der deutschen Demagogenverfolgungen an der Tagesordnung waren (Turnvater Jahn!).[2] Das unmittelbar politisch-Kämpferische stand zunächst im Vordergrund.

Erst als die Bemühungen um Abwehr direkter, unverhüllter Eingriffe der Exekutive auch in der Praxis einigermaßen respektiert wurden, begann man in größerem Maßstabe mit der Ausarbeitung und Kodifizierung detaillierter gerichtsverfassungsrechtlicher und verfahrensrechtlicher Regelungen, um das Erreichte nun auch sicherzustellen. In das GVG wurden, um eine "tendenziöse" Besetzung der Gerichte "ad hoc" oder gar ihre willkürliche Ausschaltung für einzelne Prozesse unmöglich zu machen,[3] genaue Bestimmungen über die Be-

---

barkeit die §§ 24-27, 34, 36 f., 48-50 SGG, für die Senate des Bundespatentgerichts die §§ 36e, 36f PatG, für die Ehrengerichte und den Ehrengerichtshof für Rechtsanwälte die §§ 97, 105 I BRAO, für die bad.-württ. Gemeindegerichte § 3 des bad.-württ. Ges. über die Gemeindegerichtsbarkeit v. 18. 3. 1960 (GBl. S. 73). - S. auch Kern, GVR S. 149.

1) Näheres bei Kern, Gesetzlicher Richter S. 114 ff., 149 ff. - Die Entwicklung erreichte ihren Höhepunkt durch Aufnahme des Grundsatzes - im wesentlichen in seiner heutigen Formulierung - in die von der Frankfurter Nationalversammlung verabschiedeten "Grundrechte des deutschen Volkes" (27. 12. 1848) und in die Paulskirchenverfassung vom 28. 3. 1849.

2) Zur geschichtlichen Entwicklung vgl. Kern, Gesetzlicher Richter S. 11 ff. (111 ff.), ders., Geschichte S. 62, 69, 103 f., Schiedermaier DÖV 60/6 ff., auch Oehler ZStW 64/292 (296 ff.), Henkel S. 149.

3) Vgl. den Bericht der Justizkommission des Reichstags bei Hahn, Materialien zum GVG S. 903, auch etwa die heute noch höchst lesenswerten Ausführungen des Abgeordneten Lasker bei der 1. Beratung des Reg.Entwurfs im Plenum des Reichstags und in der Justizkommission (Hahn aaO S. 206 ff., 570 ff., 796 ff.).

setzung und die Vorsitzführung in den Kammern und Senaten, über die im Wege der gerichtlichen Selbstverwaltung (Präsidialverfassung!) alljährlich neu vorzunehmende Geschäftsverteilung und auch über die Ordnung der Vertretung für Verhinderungsfälle aufgenommen (§§ 61-69, 121, 133 damaliger Fassung),4) wozu noch ins einzelne gehende Vorschriften über die Gewinnung und Ersetzung der Laienrichter und deren Auslosung für die einzelnen Sitzungstage und Sitzungsperioden kamen.

Praktische Durchschlagskraft erhielten diese Regelungen namentlich durch die von der ZPO und der StPO eröffnete Möglichkeit einer absoluten Revisionsrüge wegen vorschriftswidriger Besetzung des erkennenden Gerichts (nach der ZPO zugleich ein Wiederaufnahmegrund). Von dieser prozessualen Möglichkeit wurde zunehmend Gebrauch gemacht mit der Folge, daß sich, unter Führung des Reichsgerichts, eine umfangreiche Judikatur der Revisionsgerichte zur fehlerhaften Gerichtsbesetzung und allen damit zusammenhängenden Fragen entwickelte.

Auch der gesetzlich nirgends näher definierte Begriff der Richterverhinderung wurde nun unter die Lupe genommen, bleibt doch jede noch so gut durchdachte Vertretungsvorschrift wertlos, wenn schon über die Frage falsch entschieden wird, ob der die Vertretung auslösende Tatbestand (die Prämisse) gegeben ist oder nicht. Eine verfeinerte und detailliertere Gestaltung der Richtervertretung durch den Gesetzgeber mußte ganz von selbst die Aufmerksamkeit auch stärker darauf lenken, was man unter "Verhinderung" zu verstehen habe, wobei sehr bald das Problem des sog. "richtungweisenden Einflusses" des Vorsitzenden (s. unten § 6 und § 7) und die Frage in den Vordergrund rückte, wie die

---

4) Daß die Regelung nicht, wie es die Entwürfe vorgesehen hatten, den Einzelstaaten überlassen wurde, ist den Empfehlungen der Justizkommission des Reichstags zu verdanken. Vgl. die Motive des Reg.Entwurfs bei Hahn aaO S. 26, 93, weiter auch S. 569 ff., 794 ff., 953 ff.; dazu Kern, Geschichte S. 89 f.

vorübergehende von der dauernden Verhinderung abzugrenzen sei (unten § 4).

II. Einige Streiflichter aus der partikularen Gerichtsverfassungs- und Verfahrensgesetzgebung mögen veranschaulichen, welch geringe Bedeutung den Fragen der Richterverhinderung vor Inkrafttreten des GVG zukam.

Ein enger Zusammenhang besteht zwischen der Richterverhinderung (und -vertretung) und dem Grundsatz der Festzahl, wonach ein Rechtsprechungskörper nur mit einer genau bestimmten Zahl von Richtern entscheiden darf.[5] Heute gilt dieser Grundsatz fast ausnahmslos, auch außerhalb der ordentlichen Justizgerichtsbarkeit.[6] Nicht so aber vor dem

---

5) Näher dazu Kern, GVR S. 128, 141 f. und DRiZ 59/142.

6) Nur teilweise, nämlich nur nach der unteren Begrenzung gilt er allerdings für die Senate des Bundesfinanzhofes, die über Rechtsbeschwerden mit "wenigstens 5 Mitgliedern" entscheiden und Beschlüsse mit "wenigstens 3 Mitgliedern" fassen (§ 52 III AO; Kern, GVR S. 275 sieht hierin einen Widerspruch zur Ständigkeit der Gerichte; de lege ferenda ist Wiedereinführung der Festzahl vorgesehen, vgl. auch Kern DRiZ 60/376). - In gewissem Sinne machen eine Ausnahme auch die beiden Senate des Bundesverfassungsgerichts, die mit 8 Richtern besetzt, aber schon bei Anwesenheit von "mindestens 6 Richtern" beschlußfähig sind (§§ 2 II, 15 II BVerfGG). Diese zur Gewährleistung dauernder Funktionsfähigkeit getroffene Regelung (sog. "Quorum") war aber notwendig, weil es sich bei den beiden Senaten im Grunde um zwei getrennte Gerichte ohne Auswechselbarkeit der Richter handelt ("Zwillingsgerichte", vgl. Kern, GVR S. 299), ein Richter des einen Senats also einen Richter des anderen Senats nicht vertreten kann.

Für die richterlichen Selbstverwaltungsgremien, so etwa für das Präsidium, gilt der Grundsatz der Festzahl überhaupt nicht; sind einzelne Mitglieder aus irgendeinem Grunde (vorübergehend) verhindert, können also an einer Beschlußfassung - etwa über die Geschäftsverteilung - nicht teilnehmen, so entscheiden die übrigen allein (vgl. dazu etwa Löwe-Rosenberg Bd. II, Erl. 5 zu § 64 GVG, weiter OLG Hamm NJW 57/802, auch BGHSt 13/54 und 14/82, 84).

GVG. Das Gemeine Recht hatte zwar gewisse feste Regeln für die Besetzung der Gerichte entwickelt.[7] Gegenüber den Partikularrechten, die ab Beginn des 19. Jahrhunderts das Feld völlig beherrschten, galt es jedoch nur subsidiär, und diese Rechte boten ein buntes Bild. Durchweg zweifelsfrei geordnet war lediglich die Besetzung der Schwurgerichte (gewöhnlich 12 Geschworene und 3, mancherorts auch 5 Berufsrichter), während man sich im übrigen vielfach damit begnügte, eine Mindestzahl vorzuschreiben[8] oder auch, wie die Preußische Kriminalordnung von 1805, auf die Zahl der zur Urteilsfällung berufenen Richter überhaupt nicht einging.[9]

War nun aber diese Zahl garnicht oder nur nach ihrer unteren Begrenzung festgelegt, dann mußte es für den Gerichtsunterworfenen auch belanglos bleiben, ob und warum ein Richter im einzelnen Falle verhindert war oder nicht. Erst wenn ihm das Gesetz auf eine feste Zahl bestimmter Richter einen Anspruch einräumt, wird für ihn auch die Frage nach der jeweiligen Motivation einer Vertretung und damit nach dem Begriff der Verhinderung von Bedeutung.

---

7) Zur Peinlichen Gerichtsordnung etwa vgl. anschaulich Zachariae, Handbuch des deutschen Strafprocesses, 1. Bd. (1861), S. 242 f.

8) So für bestimmte Fälle z.B. auch die Württ. Strafprozeßordnung von 1843, die 5 Mitglieder "genügen" ließ. Vgl. auch Kern, GVR S. 142. - Ganz allgemein galt der (bedenkliche) Satz, ein Urteil werde in dem Maße richtiger und damit gerechter, in dem die Zahl der Richter zunehme. Von Interesse ist in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts v. 26. 5. 1961 (NJW 61/1645) mit dem Leitsatz: Das Landesarbeitsgericht darf in der Besetzung mit dem Vorsitzenden und vier Landesarbeitsrichtern nur in den für eine solche Besetzung vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen entscheiden. Werden in anderen Fällen statt der vorgesehenen zwei Landesarbeitsrichter vier zugezogen, so liegt eine unvorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts i.S. von § 551 Z. 1 ZPO vor.

9) Beklagt wird die vielfach herrschende Unklarheit auch, ebenso wie die allgemeine Zersplitterung, von Abegg, GA Bd. VII/8 ff., der zahlreiche Beispiele bringt (etwa: Kam wegen Zersplitterung der Stimmen ein Beschluß nicht zustande, so fand nach der Württ. StPO von 1843 die Beiziehung weiterer Mitglieder statt, ohne daß über deren höchstzu-

Damit ist ein weiterer Punkt berührt. Wenn, um die Mitte des 19. Jahrhunderts, das Festzahlprinzip in den meisten deutschen Einzelstaaten erreicht war - wenigstens für die wichtigeren gerichtlichen Entscheidungen -, so bedeutete das noch nicht, daß auch die Besetzung der jeweiligen Spruchkörper mit den einzelnen, ihrer Person nach bestimmten oder bestimmbaren Richtern feststand. Häufig enthielten die Gesetze hierüber garnichts, und die Organe der Justizverwaltungen hatten, sofern sie sich nur an das Richterreservoir des betreffenden Gerichts hielten, Spielraum, um die Zusammensetzung dem konkreten Verfahren "anzupassen".

Selbst wenn aber, wie heute nach dem GVG oder in ähnlicher Weise, eine genaue, im voraus vorzunehmende Richterverteilung auf die einzelnen Spruchkörper vorgeschrieben war: über die Vertretung eines verhinderten Richters fehlte es doch allzu häufig an exakten Bestimmungen. Am ehesten noch war Vorsorge für die Verhinderung des Präsidenten getroffen.[10] Daß es dabei aber weniger um die Gesetzlichkeit des Richters als darum ging, durch klare Funktionsverteilung Störungen im reibungslosen Ablauf der Rechtspflege zu vermeiden, kommt darin zum Ausdruck, daß, je untergeordneter die Stellung des Richters, desto dürftiger seine Vertretung für den Verhinderungsfall gesetzlich festgelegt war. Bestimmungen für den einfachen Vorsitzenden waren schon selten,[11] und noch seltener wurde etwas über die Vertretung der Beisitzer gesagt. Nirgends war, soweit ersichtlich, eine Regelung der Beisitzervertretung im voraus für die Dauer

---

lässige Zahl irgendeine Bestimmung getroffen wurde); vgl. auch die Motive zum Reg.Entw. des GVG bei Hahn aaO S. 26 f.

10) So etwa im Braunschweig. GVG von 1849: Den "1. Präsidenten" des Obergerichts vertrat der "älteste Präsident nach ihm".

11) Das Bayr. Gesetz über Schwurgerichte von 1848 macht hier eine Ausnahme, da es nicht nur für den Fall der "Abwesenheit oder Verhinderung" des Schwurgerichtsvorsitzenden, sondern einen Schritt weiter auch für den Fall vorsorgte, daß dessen (genau bezeichneter) Vertreter seinerseits verhindert war.

des Geschäftsjahres, so wie sie das GVG (§ 63 I) einführte, gesetzlich vorgeschrieben. Meist hatte, wenn Bedarf auftrat, der Präsident des Gerichts für Abhilfe zu sorgen, ohne dabei besonderen Beschränkungen zu unterliegen.[12] Zuweilen auch war nur gesagt, aus welchem Personenkreis Ersatzrichter heranzuziehen seien, nicht aber, von wem und nach welchen Kriterien die Auswahl zu treffen war; zuweilen schwieg sich der Gesetzgeber gänzlich aus.

Im großen Ganzen wurde eben die Entscheidung darüber, wie die Vertretung zu ordnen sei, als ein Internum der Gerichtsorganisation angesehen, das für den Einzelnen tabu blieb, und in noch stärkerem Maße galt diese Betrachtung naturgemäß für alle über eine mögliche Verhinderung zu treffenden Feststellungen.[13]

III. Erst die Reichsjustizgesetze brachten, wie gezeigt, in allen diesen Fragen und für alle deutschen Einzelstaaten eine durchgreifende Besserung. Immerhin bedurfte es auch dann noch einer gewissen Anlaufzeit, ehe sich Judikatur und Literatur ganz von überkommenen äußerlichen und schemati-

---

12) So hieß es z.B. im Kurhess. Gesetz über die Einrichtung der Gerichte von 1848: "Kammern, welche durch Ausfall, Abwesenheit oder Verhinderung eines einzelnen Mitgliedes unvollzählig sind, werden auf Anordnung des Direktors (d.h. des Präsidenten) durch Heranziehung anderer Mitglieder des Collegs (d.h. des gesamten Gerichts) ergänzt." Und weiter: "Über die gegenseitige Aushülfe in den verschiedenen für die Strafrechtspflege bestehenden Kammern bestimmt der Vorstand (d.h. der Vorsitzende) der 1. Criminalkammer."

13) Eine Ausnahme ist allerdings zu erwähnen: Die beiden rechtlichen Verhinderungsgründe der Richterausschließung wegen persönlicher Beteiligung, naher Verwandtschaft und dergl. mehr und der Richterablehnung wegen Befangenheit nahmen schon früh einen breiten Raum in der Gesetzgebung ein; für den Fall, daß ein "judex inhabilis" oder ein "judex suspectus" mitgewirkt hatte, waren strenge Rechtsfolgen (erleichterte Anfechtbarkeit oder sogar Nichtigkeit der Entscheidung) vorgeschrieben. Um das Problem unzulässiger Einflußnahme der Exekutive auf die Rechtsprechung geht es hier aber auch nicht primär, sondern um den Satz, daß das Richteramt objektiv und unparteiisch auszuüben ist und daß niemand Richter in eigener Sache sein soll. Später erst wurde die Mitwirkung abgelehnter und gesetzlich ausgeschlossener Richter auch unter dem Aspekt der Richterentziehung gesehen.

schen Betrachtungsweisen zu lösen vermochten,[14] und einzelne Aspekte der Richterverhinderung - wie etwa das Merkmal der Dauer - begann man überhaupt erst nach und nach in ihrer rechtlichen Bedeutung zu erkennen. Konnten auch etliche Streitfragen im Laufe der Jahrzehnte beigelegt werden, so sind doch manche Probleme wie z.B. das des blinden Richters oder des richtungweisenden Einflusses noch immer (oder erneut - nach einer Zeit der Stagnation, ja des Rückschritts unter der Herrschaft des Nationalsozialismus[15]) in Bewegung und harren einer abschließenden Klärung. Ihnen soll im Folgenden nachgegangen werden. -

§ 3. Zum Begriff der Richterverhinderung

I. Die Worte "Verhinderung", "Hindernis", "verhindert" und dergl. sind häufig in den Gerichtsverfassungs- und Verfahrensgesetzen anzutreffen, u.z. stets in Verbindung mit Bestimmungen darüber, was in solchen Fällen zu geschehen hat. So heißt es z.B. in den §§ 275 II S. 2 StPO, 315 I S. 2 ZPO: "Ist ein Richter verhindert, seine Unterschrift

---

14) Bester Beleg ist wohl die - erst 1926 aufgegebene - Rechtsprechung des Reichsgerichts, wonach ein schlafender Richter als nicht verhindert angesehen wurde, da er ja - körperlich! - "anwesend" sei; Näheres s. unten S.65 f. Auch ein Blick in ältere Erläuterungswerke wie das von Thilo zum GVG (1. Aufl. 1879) oder das von Stenglein zur StPO und den für den Strafprozeß erheblichen GVG-Bestimmungen (1885) zeigt die anfängliche Zurückhaltung sehr gut, wird doch dort zum Begriff der "Verhinderung" noch kaum ein Wort verloren. Ähnlich geringen Widerhall fand das Problem in den monographischen Abhandlungen aus der Frühzeit des GVG, sieht man ab von Kleinfellers (größtenteils überholtem) Werk über "Die Funktionen des Vorsitzenden und sein Verhältnis zum Gericht" aus dem Jahre 1885 (vgl. dort insbes. die S. 44 ff. über die Vertretung des Vorsitzenden).

15) Vgl. dazu Kern, Geschichte S. 208 ff., insbes. S. 221 ff. (zur Aufhebung der Selbstverwaltung der Gerichte) und S. 274 ff. (zur tatsächlichen Lage der deutschen Justiz unter dem Nationalsozialismus), auch seine Schrift "Der Aufgabenkreis des Richters" (1939) - genauer: die allmähliche Einschränkung dieses Aufgabenkreises -, schließl. auch seine Rede gegen das "Führertum in der Rechtspflege" (1935), die später gedruckt wurde.

beizufügen, so wird dies unter Angabe des Verhinderungsgrundes von dem Vorsitzenden und bei dessen Verhinderung von dem ältesten beisitzenden Richter unter dem Urteil vermerkt." Die §§ 271 II StPO, 163 II ZPO treffen Vorsorge für den Fall, daß der Vorsitzende oder ein Einzelrichter am Unterschreiben des Sitzungsprotokolls verhindert ist. § 22b I GVG bestimmt, daß bei den mit mehreren Amtsrichtern besetzten Amtsgerichten in gleicher Weise, wie die Geschäfte vor Beginn des Geschäftsjahres zu verteilen sind, auch die Vertretung der Amtsrichter in "Behinderungsfällen" zu regeln ist. Gleiches wird in § 63 I GVG für die ständigen Mitglieder der Landgerichtskammern vorgeschrieben, und in Abs. 2 wird gesagt, daß der Geschäftsverteilungsplan im Laufe des Geschäftsjahres nur unter bestimmten Voraussetzungen, u.a. dann geändert werden kann, wenn dies wegen "dauernder Verhinderung" einzelner Mitglieder des Gerichts erforderlich wird (s. unten S. 19). § 66 I GVG hält genaue Vertretungsregelungen für die Verhinderung des ordentlichen Kammervorsitzenden bereit und § 67 GVG befaßt sich mit der Verhinderung der regelmäßigen Vertreter. § 192 II GVG handelt von der Zuziehung von Ergänzungsrichtern, wenn bei Verhandlungen von längerer Dauer einer der "Stammrichter" ausfällt. Die §§ 49, 54, 84 GVG bestimmen, was bei Verhinderung der erstberufenen Schöffen und Geschworenen zu geschehen hat. In den §§ 15 StPO, 36 Z. 1 ZPO schließlich wird Vorsorge getroffen für den Fall, daß das ganze an sich zuständige Gericht in einzelnen Sachen "an der Ausübung des Richteramts rechtlich oder tatsächlich verhindert" ist (das zuständige Gericht wird dann durch das im Rechtszuge nächsthöhere Gericht bestimmt).[1)]

Allen diesen Bestimmungen, mögen sie noch so detaillierte Rechtsfolgen für den Verhinderungsfall vorsehen, ist eines gemeinsam: Nirgends wird der Begriff der Verhinderung näher

---

1) Vgl. auch § 4 I des bad.-württ. Ges. über die Gemeindegerichtsbarkeit v. 18. 3. 1960 (GBl. S. 73), wonach dann, wenn das Gemeindegericht in einem einzelnen Fall an der Ausübung des Richteramts verhindert ist, seine Zuständigkeit entfällt.

umschrieben, nirgends werden - von den Fällen der Richterablehnung und -ausschließung abgesehen - einzelne Verhinderungstatbestände zur Veranschaulichung oder gar in erschöpfender Aufzählung angeführt. Die in Frage kommenden Lebenssachverhalte sind zu vielfältig und buntschillernd, zu sehr zeitlichem und örtlichem Wandel unterworfen, als daß sie in ein exaktes Begriffsschema gepreßt werden könnten.

II. Die in den Gerichtsentscheidungen und in den Kommentaren immer wieder zu lesende Umschreibung ist denn auch sehr allgemein gehalten. Sie geht dahin, daß der Begriff der Verhinderung, wo er im Gesetz vorkommt, in keinem anderen, insbes. nicht in einem eingeschränkteren als dem verkehrsüblichen Sinne zu verstehen ist, wonach jede tatsächliche oder rechtliche Unmöglichkeit des Richters ausreicht, in der gegebenenfalls erforderlichen Weise tätig zu werden.[2)]

Für die Subsumtion differenzierterer Sachverhalte - nur sie interessieren - gibt diese Formel nicht viel her, und das will sie auch nicht. Die einzelnen Kategorien, etwa die Fälle einer Verhinderung wegen geschäftlicher Überlastung, müssen individuell geprüft werden, und z.T. lassen sich nur in deren jeweils begrenztem Rahmen generelle Kriterien gewinnen.

III. Einig ist man sich immerhin darin, daß mit Verhinderung nur die Einzelfallverhinderung gemeint ist, die Unmöglichkeit des Richters, in der "gegebenenfalls" erforderlichen Weise tätig zu werden (s. schon oben S. 1). Nach dem in der Rechtsprechung und im Schrifttum herrschenden Sprachgebrauch, der auch der vorliegenden Untersuchung zugrundegelegt wird, sind solche Fälle auszuscheiden, wo es

---

2) So besonders einprägsam das Reichsgericht in GA 62/482, aus neuester Zeit auch z.B. BSG 10/199. - Allein darauf kommt es an, daß die spezifisch richterlichen Funktionen nicht oder nicht ordnungsmäßig ausgeübt werden können (vgl. RGSt 20/385: Arbeitsunfähigkeit des ordentlichen Vorsitzenden wegen eines "Schreibekrampfes", RGSt 56/63: Verhin-

von vornherein an zwingenden Voraussetzungen für die Ausübung des Richteramts gefehlt hat, also an der Berufung überhaupt oder an einzelnen wesentlichen Vorbedingungen, z.B. an der deutschen Staatsangehörigkeit, an der Ablegung der vorgeschriebenen Prüfungen, an der Leistung eines Richtereids und dergl. mehr. Die allgemeine Richterqualifikation muß vorliegen oder zumindest früher einmal vorgelegen haben.

IV. Die Vielschichtigkeit des Begriffs "Verhinderung" darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß es sich um einen - wenngleich unbestimmten - Rechtsbegriff handelt, der mithin der Auslegung fähig ist. Nur eine Auslegung ist denklogisch möglich: Entweder erfüllt ein Sachverhalt den Tatbestand der Verhinderung oder er erfüllt ihn nicht. Tertium non datur - es kann nicht die eine Beurteilung sowohl wie die andere richtig sein (darin liegt der Unterschied zur Betätigung freien Ermessens, das die Wahl zwischen mehreren möglichen und richtigen Verhaltensweisen gestattet).

Dieser Hinweis ist von Bedeutung für die - umstrittene - Frage, in welchem Umfang den Revisionsgerichten eine Nachprüfung der Verhinderung erlaubt ist. Die h.M. will, obgleich sie ausdrücklich von einem "Rechts"-Begriff spricht, dennoch den Tatsacheninstanzen einen - nur auf Überschreitung und Mißbrauch kontrollierbaren - Ermessensspielraum bei Feststellung des Verhinderungsfalls einräumen, wogegen erhebliche Bedenken bestehen (Näheres unten S. 100 ff., auch schon S. 36 f.). -

V. Prinzipiell keinen Unterschied macht es, ob ein rechtlicher oder ein tatsächlicher Verhinderungsgrund zur Diskussion steht. Beide Gruppen unterfallen dem Begriff "Verhinderung" und sind für die juristische Betrachtung gleichwertig. Die Richterverhinderungen aus rechtlichen, vom Gesetzgeber also künstlich geschaffenen Gründen spielen allerdings für die Praxis eine viel geringere Rolle. Sie

---

derung durch Unkenntnis des Inhalts der Prozeßakten; RGSt 10/318: Heiserkeit verhindert die Vorsitzführung).

erschöpfen sich im wesentlichen in der Ausschließung eines Richters kraft Gesetzes und in seiner Ablehnung wegen Befangenheit - zwei Tatbestände, die wegen ihrer ausführlichen Sonderregelung in den Verfahrensordnungen ihre Eigengesetzlichkeit haben und im Rahmen unserer Betrachtung nur ausschnittsweise und am Rande erörtert werden können (s. auch unten S. 33 f.).

VI. Wenn gesagt wird, der Begriff der Richterverhinderung sei im "verkehrsüblichen" Sinn zu verstehen (oben S. 15), so ist dies nur bedingt richtig. Nach "verkehrsüblichem", d.h. allgemeinem Sprachgebrauch schließt der Ausdruck "Verhinderung" die Wahrscheinlichkeit in sich, der Verhinderte werde zu einem späteren Zeitpunkt wieder in Aktion treten. Ein Philologe müßte sprachliche Bedenken hegen, auch solche Richter als "verhindert" zu bezeichnen, die endgültig - durch Tod, Versetzung in den Ruhestand, an eine andere Behörde und dergl. mehr - aus dem Amt scheiden.[3]

Nicht so die Rechtsprechung und das Schrifttum, die weitergehend den Begriff auch in diesem definitiven Sinne verwenden. Mit Recht, denn auch in den Fällen endgültigen Ausscheidens muß, um keine Stockung der Geschäfte eintreten zu lassen, kurzfristig mit Stellvertretung geholfen werden können, bis eine neue, unverzüglich anzustrebende Dauerlösung gefunden ist. Das ist eine Forderung geordneter Rechtspflege; etwas anderes kann der Gesetzgeber vernünftigerweise nicht gewollt haben, und wohl nur der Kürze und Einfachheit halber hat er sich auf den Ausdruck "Verhinderung" beschränkt.[4]

Die Richterverhinderung wird also nicht allein von der Person des verhinderten Richters her gesehen, sondern auch daher, wie rasch oder weniger rasch für Abhilfe gesorgt

---

3) Auch vor Gericht wurden solche Bedenken schon geltend gemacht, vgl. RG LZ 15/Sp. 138.

4) Vgl. RG aaO, auch BSG 10/200.

werden kann und der gesetzliche Regelzustand sich wieder herstellen läßt. Für die Unterscheidung dauernde - vorübergehende Verhinderung bedeutet das, daß ein endgültiger Abbruch der Richtertätigkeit durchaus eine bloß vorübergehende Verhinderung i.S. des Gerichtsverfassungsrechts sein kann, dann nämlich, wenn mit einer baldigen Nachfolge zu rechnen ist.[5] - Auf Einzelheiten der Abgrenzung dauernd - vorübergehend soll jedoch wegen des besonderen Gewichts, das sie für die Praxis hat, im folgenden Paragraphen selbständig eingegangen werden.

§ 4. Dauernde und vorübergehende Richterverhinderung

Die Scheidung in dauernde und vorübergehende Verhinderung ist wesentlich für die Frage, wie die Vertretung geordnet werden soll. Sie hat die Rechtsprechung häufig und eingehend beschäftigt, namentlich im Zusammenhang mit Richterverhinderungen, die aus geschäftlicher Überlastung[1]

---

5) Vgl. dazu Eb. Schmidt Tl. III Erl. 9 f. zu § 66 GVG und BGHSt 14/11 (14 ff.), wonach eine (vorübergehende) Verhinderung des Vorsitzenden auch vorliegen kann, wenn eine neue LG-Direktorenstelle bewilligt, aber noch nicht besetzt ist und bei der Verteilung der Vorsitze in den Kammern dem noch zu ernennenden Direktor der Vorsitz in einer bestimmten Kammer vorbehalten wird (s. dazu auch unten S. 29 ff.).

1) Daß geschäftliche Überlastung ein Verhinderungsgrund sein kann, war schon frühzeitig anerkannt, vgl. RGSt 25/389 (1894), RG GA 47/159 und 62/482, RGSt 55/237, RGZ 115/159. - Eb. Schmidt Tl. III Erl. 25 zu § 63 GVG definiert die Überlastung als Arbeitsanfall, der ohne Überforderung des Richters und ohne übermäßige zeitliche Verzögerung der Sacherledigung nicht bewältigt werden kann. Der Tatbestand bleibt jedoch sehr relativ und schillernd, oft nicht auf den ersten Blick zu übersehen. Er verlockt zur Rechtsmitteleinlegung, weshalb es auch die meisten höchstrichterlichen Verhinderungsentscheidungen mit solchen Tatbeständen zu tun haben. - Vgl. in diesem Zusammenhang auch den - allerdings im DRG nicht verwirklichten - Vorschlag, dem Richter bei Überlastung die Möglichkeit der Anrufung eines richterlichen Gremiums zu eröffnen (der Bund Deutscher Verwaltungsrichter - DÖV 54/689 - lehnte diesen Vorschlag ab, denn es könne erwartet werden, "daß das die Geschäftsverteilung regelnde Präsidium so einsichtig ist, etwa auftreten-

und noch nicht erfolgter Neubesetzung einer vakant gewordenen Stelle resultierten.

I. Im GVG und auch sonst ist von einer"vorübergehenden" Verhinderung nirgends ausdrücklich die Rede. Der Terminus "dauernde" Verhinderung kommt dagegen vor. In § 63 II GVG heißt es, das der Geschäftsverteilungsplan nur geändert werden darf (und muß), wenn dies - neben anderen Gründen - wegen dauernder Verhinderung einzelner Mitglieder des Gerichts erforderlich wird.[2] - Abs. 1 des § 63 spricht dagegen nur von "Verhinderung":[3] Um ihr zu begegnen, ist für jedes ständige Kammermitglied auch ein regelmäßiger Vertreter in den Plan aufzunehmen. Das Attribut "dauernd" fehlt hier.

Schon dieser reine Wortvergleich der Regelbestimmung (Abs.1) mit der Ausnahmenorm (Abs.2) legt nahe: Verwendet das Gesetz nur den Ausdruck "Verhinderung", so meint es eine nicht-dauernde, also "vorübergehende" Verhinderung.

Bekräftigt wird dies durch eine Besinnung auf die Ratio des § 63 I GVG: Der Gesetzgeber will dort u.a. erreichen, "daß die Kammern durchweg mit ständigen Mitgliedern, im Gegensatz zu nicht-ständigen, besetzt"[4] werden, daß also der Richter, der durch den Geschäftsverteilungsplan einer bestimmten Kammer zugeteilt wird, nach Möglichkeit auch während der ganzen Dauer des Geschäftsjahres an dem ihm zugewiesenen Platz tätig ist. Seine Vertretung durch andere Richter soll im Interesse stetiger Rechtspflege unumgängliche Ausnahme bleiben und so kurzfristig wie möglich sein.

Hinzu kommt das Gebot des gesetzlichen Richters: Ihm wäre zuwidergehandelt, wenn der im Geschäftsverteilungsplan be-

---

den Unzuträglichkeiten in befriedigender Weise abzuhelfen". Nicht immer wird es allerdings mit dieser Einsicht getan sein!).

2) Ebenso § 7 III VwGO und weitergehend für die Verteilung der Geschäfte auf die einzelnen Richter der Kammer § 8 II.

3) Zur entsprechenden Vorschrift in der VwGO (§ 7 II) vgl. Richter, JZ 61/658, 687.

4) RGSt 46/254; vgl. auch Schorn, Präsidialverfassung S. 81.

zeichnete Beisitzer lediglich auf dem Papier stünde, in Wirklichkeit aber dauernd durch einen anderen Richter ersetzt würde. - Schließlich der (seltsamerweise in Rechtsprechung und Schrifttum nirgends enthaltene) Hinweis, daß Vertretung schon ihrer Natur nach Hilfslösung, Provisorium ist und sich deshalb schon begrifflich nicht mit einem Dauerzustand vereinbaren läßt.

Verstärkt gelten diese Überlegungen für den ordentlichen Vorsitzenden. Da ihm das Gesetz eine exponierte Stellung und damit einen bestimmenden Einfluß auf die Rechtsprechung des Kollegiums einräumt (unten S. 41 ff.), ist ein Wechsel während des Geschäftsjahres noch sorgsamer zu meiden als bei den Beisitzern. Fällt der ordentliche Vorsitzende längere Zeit aus, dann könnte sein Vertreter der Kammer (dem Senat) ganz neue Impulse geben. Das braucht zwar noch nicht unbedingt ein Schaden zu sein; kehrt nun aber der ordentliche Vorsitzende wieder an seinen Platz zurück und wirft seinerseits erneut das Steuer herum, dann wird jede klare Linie verlassen. Solche Gefahren sollen ausgeschaltet werden. - Ebenso muß gerade beim Vorsitzenden jede Unklarheit über die Person des gesetzlichen Richters vermieden werden. Sie wäre aber vielfach unvermeidlich, wenn auch für den Fall dauernder Verhinderung ein Vertreter bestellt werden könnte. Läge die dauernde Verhinderung beispielsweise in einer unabsehbaren Überlastung mit sonstigen Dienstgeschäften - die ja die rein physische Bereitschaft des Vorsitzenden anders als etwa bei Krankheit unberührt ließe -, dann hätte das Kollegium praktisch zwei Vorsitzende, und der ordentliche Vorsitzende könnte eine ihn interessierende Sache jederzeit an sich ziehen und den Vorsitz übernehmen!

Aus diesen Gründen ist in § 66 I GVG, der die Vertretung des ordentlichen Vorsitzenden regelt, der Begriff "Verhinderung"ebenfalls wie in § 63 I GVG nur als "vorübergehende" Verhinderung zu verstehen.[5)]

---

5) Vgl. in neuerer Zeit besonders nachdrücklich BGHZ 15/138.

Nichts anderes kann gelten für alle sonstigen Richtervertretungsnormen, mögen sie expressis verbis (z.B. die §§ 67, 83 III GVG) oder nur stillschweigend (z.B. die §§ 70, 83 II GVG) vom Tatbestand der Verhinderung ausgehen. Es gilt der allgemeine Satz: Schreibt der Gesetzgeber Vertretung vor, dann folgt aus dem Charakter jeder Vertretung als einer Behelfsmaßnahme, aus dem Gebot stetiger Rechtsprechung und eindeutiger Richterbestimmung, daß die Verhinderung immer nur eine vorübergehende sein darf.

II. Was heißt nun aber "vorübergehend" im Gegensatz zu "dauernd"? - Es kann nicht allein ausgegangen werden von der Person des verhinderten Richters, in dem Sinne also, daß sein endgültiges Ausscheiden aus dem Amt als dauernde, ein zeitlich begrenzter Urlaub dagegen, eine zeitweilige Überlastung mit anderen Aufgaben usf. nur als vorübergehende Verhinderung anzusprechen wäre (s. oben S. 17). Der Zeitraum muß vielmehr so bestimmt werden, daß einerseits der Anspruch des Gerichtsunterworfenen auf den ihm nach Gesetz und Geschäftsverteilungsplan zustehenden gesetzlichen Richter nicht dadurch illusorisch wird, daß die nur als Ausnahme zulässige Vertretung die Regel in Wirklichkeit verdrängt, daß aber andererseits den Gerichten und Justizverwaltungen auch eine gewisse Abwarte- und Planungsfrist bleibt, ohne daß der Geschäftsablauf währenddessen gebremst wird (ein Vertreter kann sofort einspringen!). Von diesen beiden Polen her - einem rechtsstaatlichen Prinzip, das dem einzelnen zugutekommt, und einem mehr praktisch-organisatorischen Anliegen der Gerichte (von dem der einzelne aber ebenfalls profitiert) - muß ein Kompromiß angestrebt werden.

1- Eine stets gültige, feste Zeitspanne, beispielsweise 2, 3 oder auch 5 Monate, deren Überschreitung die Verhinderung automatisch zu einer dauernden machte, läßt sich nicht angeben. Jeder Fall liegt anders. So hat das Reichsgericht[6] z.B. die auf Grund ärztlichen Gutachtens für

---

6) RGSt 20/385

rd. 1 Monat ausgesprochene vorläufige Beurlaubung eines LG-Direktors schon als dauernde Verhinderung angesehen und dem Präsidium bestätigt, daß es zu einer Geschäftsplanändernden Maßnahme (§ 63 II GVG) berechtigt war. Umgekehrt hat das RG später zugelassen,[7] daß die Funktionen eines bereits am 1. 12. 1927 pensionierten LG-Direktors noch am 16. 10. 1929, also fast 2 Jahre danach, durch einen Stellvertreter versehen wurden (vorübergehende Verhinderung).[8]

Auch der BGH schwankt. Der 4. Zivilsenat[9] hat z.B. für die Fälle der Vorsitzverhinderung, wenn eine Rückkehr des verhinderten Richters noch in Betracht komme, also die Notwendigkeit einer Neubesetzung noch nicht feststehe, als äußerste Grenze eine Frist von 3 Monaten zugelassen. Der 5. Strafsenat[10] hingegen hat nur kurze Zeit später auch eine 5-monatige Verhinderung noch als vorübergehend anerkannt. -

Die Auffassungen in der Rechtsprechung differieren also. Allenfalls kann man gewisse, im Laufe der Jahre wechselnde Tendenzen verfolgen, einmal mehr zur Großzügigkeit, dann wieder mehr zur Strenge.[11]

2. Das heißt nun aber nicht, daß sich das von der Praxis geprägte Merkmal "vorübergehend" auch wiederum nur durch unbestimmte Wendungen wie "alsbald", "in Kürze", "verhältnismäßig kurzfristig" u.ä. umschreiben läßt und daß es im übrigen ganz dem Ermessen der Gerichte überlassen bleibt, welche Befristung sie jeweils für vertretbar

---

7) RGSt 64/6

8) Trotz besonderer Umstände viel zu viel Großzügigkeit! Eb. Schmidt Tl. III Erl. 2 zu § 59 GVG schreibt zu der vom RG in jener Entscheidung vertretenen Auffassung, wonach Vertretung nur dann unzulässig sei, wenn mit der Verzögerung oder gar Unterlassung der Wiederbesetzung eine Umgehung (!) der §§ 62, 66 GVG beabsichtigt werde: "Diese Meinung ... kommt der Beweglichkeit der Justizverwaltungen und der bei diesen oft zu beobachtenden Verzögerungstaktik in Besetzungsfragen reichlich weit entgegen."

9) BGHZ 16/254 (257)

10) [illegible]

11) So neigte das RG um die Zeit der Weltwirtsc[illegible]

halten. Die Einzelmerkmale, in die sich der Rechtsbegriff "Verhinderung" zerlegen läßt, müssen auch ihrerseits wieder nachprüfbare Rechtsbegriffe sein. Dazu sind, wenn auf das Merkmal der Verhinderungsdauer abgestellt wird, konkrete Zeitvorstellungen unerläßlich. Es muß sich eine Frist angeben lassen, die wenigstens als Richtschnur dienen kann, wenn auch mit einigem Spielraum für die Individualität des einzelnen Falls.

Auszugehen ist als "Maßeinheit" von dem Geschäfts-Jahr, das der Gesetzgeber für alle Zweige und Instanzen der Gerichtsbarkeit eingeführt hat.[12] Der jeweils neue Geschäftsplan stellt eine bewußte Zäsur für die Arbeit der Gerichte dar, mag sich auch für den einzelnen Richter, was seine Zuteilung zu den Kammern und Senaten betrifft, vielfach jahrelang garnichts ändern. - Es gilt nun: Ein regelwidriger Zustand, wie es die Vertretung eines verhinderten Richters ist, darf nicht länger dauern als der Regelzustand selbst, denn sonst würde die Ausnahme zur Regel. Auch gleich lange darf er nicht anhalten - das wäre ebenfalls noch sinnwidrig. Deshalb darf die Richtervertretung als Ausnahme von der Regel die Dauer von 6 Monaten (die Hälfte des Geschäftsjahres) nicht erreichen, muß vielmehr um einiges unter dieser Frist bleiben. Zutreffend bemerkt Kohlhaas[13] zu der oben S. 22 erwähnten Entscheidung BGHSt 8/17, daß die dort noch als vorübergehend akzeptierte Frist von 5 Monaten "hart an der Grenze" liege.

Angemessen als Richtmaß dürfte ganz allgemein eine Frist von nicht mehr als 3 Monaten sein. Sie entspricht einer gesunden Grenzziehung zwischen Regel und Ausnahme, wie sie

---

(1929/30), die auch eine Reduzierung der Richterplanstellen zur Folge hatte, zu weitherziger Auslegung, so neigen die Revisionsgerichte heute zu einem strengen Standpunkt, jedenfalls seit etwa 1953/54, als sich die schwierigen Kriegs- und Nachkriegs-bedingten Personalverhältnisse auch im Rechtsprechungssektor wieder weitgehend normalisiert hatten (s. unten S. 50 f.).

12) Ausdrücklich auf das Geschäftsjahr hebt z.B. auch ab der BGH in BGHSt 2/20 und Richter in JZ 61/690.

13) Anm. bei LM (St) Nr. 3 zu § 62 GVG.

den Intentionen des Gesetzgebers zugrundeliegt. In den meisten Fällen wird sie genügen, um den für die Richterverteilung zuständigen Stellen eine zutreffende Beurteilung der weiteren Entwicklung zu ermöglichen, und auf der anderen Seite wird der Grundsatz der Ständigkeit nicht unvertretbar überdehnt. - Nur um ein Richtmaß soll es sich dabei allerdings handeln. Es soll der Orientierung dienen, ohne daß es in jedem Falle zwingende Höchstgrenze sein kann. So läßt es sich rechtfertigen, bei den Beisitzern etwas großzügiger zu verfahren als beim Vorsitzenden, der wegen seiner Sonderstellung schwerer entbehrlich, weniger fungibel ist, und man wird auch dann nicht kleinlich sein dürfen, wenn die Verhinderung erst im Laufe der 2. Jahreshälfte eintritt und bis zum Beginn des neuen Geschäftsjahres mit Sicherheit wieder behoben werden kann. Hier den schwerfälligen Apparat des Präsidiums zu bemühen, um eine Änderung der Geschäftsverteilung durchzuführen, die doch bald wieder rückgängig gemacht wird, ist nicht notwendig. Generell lassen sich einige Wochen oder auch 1-2 Monate als Spielraum dann vertreten, wenn durchschlagende praktische Gesichtspunkte vorhanden sind. Es darf nicht vergessen werden, daß die im Geschäftsverteilungsplan zu treffenden Maßnahmen eben nicht nur der Gewährleistung des gesetzlichen Richters, sondern auch praktisch-organisatorischen Zwecken dienen sollen.

3. Ein wichtiger Vorbehalt ist jedoch zu machen: Auch eine ganz kurz, erst wenige Wochen währende Richterverhinderung kann als vorübergehend dann nicht mehr anerkannt werden, wenn feststeht, daß der Richter innerhalb der Dreimonatsfrist nicht zurückkehren wird oder wenn doch völlig ungewiß bleibt, ob und wann er seine Tätigkeit wieder aufnehmen kann. Fehlt es an zuverlässigen Anhaltspunkten, die Verhinderung werde innerhalb der bezeichneten Frist behoben sein, dann ist sie eine dauernde oder schlägt von einer vorübergehenden in eine dauernde um. Das Präsidium darf in solchen Fällen keineswegs noch mehrere Monate verstreichen lassen, ehe es sich an eine Neuverteilung der

Geschäfte begibt. Es muß vielmehr unverzüglich, nachdem die Ungewißheit eines alsbaldigen Wegfalls der Verhinderung offenkundig geworden ist, dafür sorgen, daß die nur noch auf dem Papier stehende Regelung beseitigt und der Ausnahmezustand durch einen neuen, echten Regelzustand ersetzt wird. Reicht dazu der gerichtseigene Richterbestand nicht aus, dann muß die Justizverwaltung sogleich um Gewährung einer neuen Richterkraft angegangen werden (keiner "Aushilfskraft" i.S. von § 70 GVG, denn diese Vorschrift hat nur die vorübergehende Verhinderung im Auge, s. oben S. 21).

Es spielt mithin in die Bewertung als "vorübergehend" oder "dauernd" auch ein Moment der Voraussehbarkeit herein.[14] Auf die mutmaßliche Entwicklung kommt es an, d.h. auf die Entwicklung, wie sie sich bei pflichtgemäßer Ausschöpfung aller erreichbaren Erkenntnismittel darbietet. Der für die Beachtung der gerichtsverfassungsrechtlichen Bestimmungen in vorderster Linie verantwortliche Gerichtspräsident muß sich, zusammen mit dem Präsidium, über die neue Situation genau klarwerden. Nur dann kann er den voraussichtlichen Verlauf der Verhinderung richtig beurteilen und gegebenenfalls eine Änderung des Geschäftsverteilungsplans veranlassen, die der Rechtsunterworfene bei dauernder Richterverhinderung beanspruchen darf.

---

14) Dies hat schon das RG betont, besonders nachdrücklich in RG JW 31/1082, wo es ausführte, ein OLG-Senat sei dann nicht vorschriftsmäßig besetzt, wenn die Stellvertretung des Senatspräsidenten zu einer ständigen Einrichtung für die völlig unbestimmte Zeit seiner Überlastung geworden sei, wenn man also garnicht absehen könne, ob und gegebenenfalls wann die Verhinderung wegfallen werde. - Ähnlich auch RGZ 127/101: dauernde Verhinderung durch Überlastung mit anderen Dienstgeschäften, deren Rückgang von einer "völlig ungewissen Entwicklung" abhing. Dazu RGSt 55/201 (202: "Danach durfte vom Präsidium vorausgesetzt und erwartet werden, daß die Justizverwaltung alsbald für die Schaffung und Besetzung der ... neuen Stelle eines Direktors Sorge tragen werde. Indem es hiermit rechnete und auch mit guten Grunde rechnen konnte ....."); weiter RG JW 28/1302, RG HRR 1930 Nr. 1147, RG JW 33/2004 und 36/1063. - Der BGH hat sich ebenfalls mehrfach in diesem Sinne ausgesprochen, vgl. insbes. BGHZ 16/254 (257) und auch BGHZ 9/291.

4. Eine zutreffende Einschätzung der "mutmaßlichen Entwicklung" hängt natürlich von vielen je nach Fall ganz verschiedenen Faktoren ab. Dennoch gibt es - wenigstens innerhalb einzelner Gruppen von Verhinderungstatbeständen - allgemeine Kriterien, die dem Präsidenten und dem Präsidium die Entscheidung erleichtern, ob sie von einer dauernden oder einer bloß vorübergehenden Verhinderung auszugehen haben.

a) Dies gilt z.B. für den Fall des vorhersehbaren Ausscheidens eines Richters, etwa wegen Erreichens der Altersgrenze. Der Tag des Ausscheidens steht fest, die Justizverwaltung ist also in der Lage, frühzeitig auf Abhilfe zu sinnen. Unter regelmäßigen Umständen kann von ihr erwartet werden, daß sie binnen weniger Wochen einen neuen Richter zur Verfügung stellt und so der Engpaß überwunden wird.[15]

Diesen relativ kurz bemessenen Verhinderungszeitraum darf der Präsident einkalkulieren, ohne daß er sich über die weiteren Absichten der Verwaltung informieren müßte. Aber auch nur dieser Zeitraum und nicht mehr ist für ihn als "vorübergehende" Verhinderung ohne weiteres vorhersehbar. Verstreicht die Frist ungenutzt, dann bedarf es einer Anfrage, denn dann muß vermutet werden, daß die Justizverwaltung ihrer Pflicht zur unverzüglichen Wiederbesetzung[16] der vakanten Stelle, d.h. zu einer Wiederbesetzung ohne schuldhaftes Zögern nicht nachkommt. Angesichts der Tatsache, daß der Zeitpunkt des Ausscheidens von Anfang an

---

15) Ein "nahtloser" Übergang der Amtsgeschäfte auf den Nachfolger oder sogar dessen Einarbeitung durch den Vorgänger wäre natürlich noch besser. Häufig ist aber eine kurze Lücke aus personellen oder sonstigen Gründen unvermeidbar, obwohl der Termin des Ausscheidens schon vorher bekannt war. - Keinesfalls kann dem OLG Dresden (JW 28/2738) gefolgt werden, wenn es eine vorübergehende Verhinderung überhaupt nur bei unerwartetem Ausscheiden anerkennen will, mag im konkreten von ihm entschiedenen Fall auch eine Dauerverhinderung tatsächlich schon vorgelegen haben (Neubesetzung einer durch Pensionierung freigewordenen Stelle erst nach 2 Monaten).

16) Dazu, daß die Wiederbesetzung "unverzüglich" zu erfolgen hat, vgl. BGHSt 8/21.

bekannt war, muß sie schon besonders zwingende Gründe für ein weiteres Zuwarten ins Feld führen und ganz konkrete zeitliche Angaben über ihre Pläne machen, wenn die Verhinderung noch eine Weile als vorübergehende anerkannt werden soll.[17)]

Kommt das Ausscheiden des Richters dagegen überraschend (Dienstunfähigkeit, Tod, freiwillige Amtsniederlegung), dann ist vom Präsidenten nicht zu fordern, daß er die Verwaltung schon nach wenigen Wochen zwingt, Farbe zu bekennen. Er muß sich - wie jedermann - sagen, daß auch sie Zeit braucht, um der neuen, unerwarteten Lage Herr zu werden. Mit gutem Gewissen kann sich das Gericht 2, ja 3 Monate lang mit Stellvertretung behelfen im Vertrauen darauf, daß die Justizverwaltung dann einen neuen Richter schicken wird. Erst wenn nach Ablauf dieser Frist eine Anfrage ergibt, daß Abhilfe noch immer nicht möglich ist und in nächster Zeit auch nicht zu erwarten ist, muß eine dauernde Verhinderung angenommen werden. Erst von da ab ist Stellvertretung nicht mehr zulässig, muß das Gericht also eine Neubesetzung des verwaisten Richterstuhls aus eigener Kraft vornehmen, notfalls auch im Wege einer Umverteilung der Geschäfte.[18)]

b) Etwas andere Gesichtspunkte gelten, wenn ein Richter abgeordnet wird, sei es zu neuer richterlicher, sei es zu nicht-richterlicher Tätigkeit (häufig dienen solche Abordnungen seiner Erprobung mit dem Ziel, ihn bei Bewährung

---

17) Zu weitgehend BSG 10/195 (201), wo das Bundessozialgericht noch ein mehr als 1-jähriges Zuwarten der Verwaltung bis zur Wiederbesetzung für vertretbar erklärte, wenn auch offenbar nicht ganz ohne Bedenken ("Die Verzögerung der Wiederbesetzung ist im vorliegenden Falle allerdings so erheblich gewesen, ... daß sie an der Grenze dessen liegt, was im Rahmen einer geordneten Personalverwaltung und Rechtspflege noch verantwortet werden kann ....").

18) Dauerhaft gelöst wird das Problem auf diese Weise natürlich nicht. Die Justizverwaltung bleibt nach wie vor verpflichtet, die Lücke im Richterbestand wieder zu schließen. Andernfalls müßte die zwangsläufige Mehrbelastung der verbleibenden Richter auf Kosten der Rechtssuchenden gehen (längere Wartezeiten, weniger gründliche Jurisdiktion u.ä.).

später ganz in die neue, meist auch besser besoldete Stelle zu übernehmen).

Der Präsident hat hier davon auszugehen, daß der Richter wieder auf seinen Posten zurückkehren werde; Abordnung ist ihrer Natur nach ja nichts Endgültiges. Nicht ohne weiteres davon ausgehen darf er aber, die Justizverwaltung werde - wie bei(erwartetem oder unerwartetem) Ausscheiden - rechtzeitig, also innerhalb einer noch als vorübergehend anzusprechenden Frist für Abhilfe sorgen. Sie weiß ja selbst vielfach noch nicht, wann und wie der Zweck der Abordnung erreicht sein wird. Deshalb muß der Präsident sofort, nachdem die Abordnung erfolgt ist, anfragen, wie sich die Verwaltung die weitere Entwicklung vorstellt, wenn sie ihm nicht von sich aus die nötigen Informationen zugehen läßt. Ergibt sich dabei, daß vor Ablauf der als obere Richtgrenze angenommenen 3 Monate auf gar keinen Fall mit der Rückkehr des Richters zu rechnen ist, dann ist die Verhinderung als eine dauernde anzusehen und unverzüglich eine Änderung des Geschäftsplans herbeizuführen. Stellt die Justizverwaltung dagegen Rückkehr innerhalb der Dreimonatsfrist in Aussicht, dann darf vorerst noch von einer vorübergehenden Verhinderung ausgegangen werden. Erst wenn dann immer noch nichts geschehen ist und auch nicht verbindlich gesagt werden kann, der Richter werde binnen kürzester Zeit wieder in seinen alten Geschäftsbereich eintreten, schlägt die Verhinderung in eine dauernde um.[19] Präsident und Präsidium können nicht ewig im Ungewissen bleiben, was die Verwaltung nun eigentlich mit dem abgeordneten Richter vorhat.

Ganz unhaltbar, gemessen an den vorstehend entwickelten Grundsätzen, ist ein Zivilurteil des RG aus dem Jahre 1937.[20] Dort hatte das Reichsjustizministerium einen OLG-Senatspra-

---

19) Ähnlich die Entscheidung BGHZ 16/254, der sich das Schrifttum weitgehend anschließt, vgl. z.B. Lb. Schmidt Tl. III Erl. 16 zu § 62, 11 zu § 66 GVG, Löwe-Rosenberg Bd. II Anm. 2a zu § 66 GVG, Wieczorek Bd. V Anm. B I b 2 zu § 62 GVG, Schorn, Präsidialverfassung S. 96.

20) JW 37/1063 .

sidenten für die Zeit vom 16. 5. 1934 - 31. 5. 1935 zu einer Sonderaufgabe abgeordnet und diese Abordnung zunächst bis 31. 3. 1936 und dann nochmals bis 31. 12. 1936 verlängert. Das Präsidium des OLG besetzte erst am 19. 2. 1936 den verwaisten Senat mit einem neuen Präsidenten. Bis dahin, also über 1 3/4 Jahre lang hatte, ohne daß das RG daran Anstoß nahm, der regelmäßige Stellvertreter den Vorsitz geführt, da man immer noch"auf eine alsbaldige Rückkehr gehofft" hatte! Schon die erste, auf über 1 Jahr befristete Abordnung mußte zur Neubesetzung zwingen. Wie auch kann bei einer zeitlich so ausgedehnten Verhinderung (gemessen am Geschäftsjahr) noch von einem "richtungweisenden Einfluß" des Vorsitzenden die Rede sein?[21)]

c) Ein letztes Beispiel dafür, daß für die Beurteilung des voraussichtlichen Verhinderungsverlaufs gewisse Erfahrungsregeln zu beachten sind, möge der folgende - nicht selten anzutreffende Sachverhalt zeigen:

Stetiges Anwachsen der Geschäfte führt oft dazu, daß die vorhandenen Direktoren- (Senatspräsidenten-) Stellen nicht mehr ausreichen, um für die Spruchkörper eine ordnungsgemäße Vorsitzführung zu gewährleisten. Der Präsident wendet sich dann an die zuständigen Instanzen. Das Präsidium rechnet damit, daß Parlament und Justizverwaltung dem Mangel durch Schaffung

---

21) Ebenfalls nicht haltbar, weil ähnlich großzügig: RGZ 131/31 (32) - Übernahme eines Reichstagsmandats auf 4 Jahre durch einen OLG-Senatspräsidenten (nach damaligem Recht wie eine Abordnung zu behandeln, da Mandatsübernahme das Richterverhältnis de jure nicht berührte, vgl. Art. 39 I WRV). Fast ein Jahr schon hatte der Präsident den Vorsitz nicht mehr geführt. Dessenungeachtet das RG: vorübergehende Verhinderung, denn der Präsident war "stets in der Lage, seine Tätigkeit als Vorsitzender des Senats auszuüben, wenn und soweit ihm seine Tätigkeit als Abgeordneter Zeit dazu ließ" (!); auch habe man bei längeren Vertagungen und für den Fall einer Schließung oder Auflösung des Reichstags mit einer jederzeitigen Wiederaufnahme der Vorsitztätigkeit rechnen müssen (!). - Auf solche Spekulationen konnte man sich doch wohl selbst in der unruhigen Weimarer Zeit nicht verlassen!

und Besetzung der fehlenden Stelle bald abhelfen werden. In dieser Erwartung teilt es einer der Kammern einen Vorsitzenden zu, der beinahe oder ganz schon durch sonstige Aufgaben ausgelastet ist. Er wird sich also fortwährend für verhindert erklären, wenn dies nicht bereits im Geschäftsplan selbst von vornherein und generell geschehen ist (s. unten S.37 ff.).[22] Sein ständiger Vertreter - ein Rat - führt in Wirklichkeit den Vorsitz. Das Präsidium glaubt, dies verantworten zu können, da ja der neue Direktor über kurz oder lang zur Verfügung stehen wird und somit die Verhinderung nur vorübergehend ist. - Darf in dieser Weise verfahren werden?

Nun, es leuchtet ein, daß die vage Hoffnung auf Gewährung einer weiteren Stelle noch nicht genügt, um eine solche - de facto regelwidrige - Maßnahme[23] zu rechtfertigen. Konkrete Anhaltspunkte für eine bloß vorübergehende Verhinderung müssen gegeben sein, und so unterscheidet denn auch die Rechtsprechung folgendermaßen:

Ist die zusätzliche Richterstelle lediglich beantragt, dann kann gewöhnlich noch nicht damit gerechnet werden, daß sie auch innerhalb eines Zeitraums bewilligt und besetzt wird, der noch als vorübergehend anzuerkennen ist.[24] Ein Antrag ist ja leicht gestellt - ob er Erfolg hat, das ist eine ganz andere Frage. Das geschilderte Verfahren der Vorsitzregelung ist deshalb von Anfang an unzulässig, das vom Stellvertreter geleitete erkennende Gericht von vornherein vorschriftswidrig besetzt.

---

22) Nach BGHSt 14/11 (14 f.) ist es sogar zulässig, daß die Stelle des Vorsitzenden bei Verteilung der Geschäfte überhaupt nicht besetzt wird, sondern für den noch zu ernennenden neuen Vorsitzenden offengehalten wird. - Grundsätzlich ist dem zuzustimmen. Da anerkanntermaßen eine Verhinderung auch vorliegt, wenn der ordentliche Vorsitzende ausscheidet und noch kein Nachfolger da ist (oben S. 17), kann nichts anderes für den Fall gelten, daß der Inhaber einer neu geschaffenen, erstmals zu besetzenden Vorsitzstelle ebenfalls der Person nach noch nicht bekannt ist.

23) Beachte § 62 I S. 1 GVG: "Den Vorsitz in den Kammern führen .... die Direktoren"!

24) RGSt 56/157, RGZ 132/302, 304, BGHZ 9/291 (294 f.), 10/135.

Anders dagegen, wenn die zusätzliche Stelle schon im Haushaltsplan bewilligt ist.[25] Das ist schon ein ganz konkreter Schritt hin auf die Beseitigung des personellen Notstandes. Jetzt darf das Präsidium mit gutem Gewissen davon ausgehen, daß auch die Justizverwaltung das ihre tut und umgehend den benötigten Kammerdirektor (Senatspräsidenten) zuweist. Jetzt also ist ein Ende der Verhinderung vorhersehbar und die im Geschäftsplan getroffene Maßnahme gerechtfertigt: sie wird nach Lage der Dinge nur von vorübergehender Dauer sein. -

Gewiß muß diese Unterscheidung in bloße Beantragung einerseits, etatmäßige Bewilligung der Stelle andererseits nicht für jeden Fall richtig sein. Besondere Umstände können zu einer abweichenden Beurteilung führen.[26] Im großen ganzen aber dürfen sich Präsident und Präsidium nach diesen Kriterien richten. -

Daß es überhaupt solche allgemeinen Kriterien der Voraussehbarkeit gibt und daß sie eine Erleichterung bedeuten, wenn es gilt, die mutmaßliche Entwicklung des Verhinderungsfalls zu beurteilen - das sollte durch die vorstehenden Beispiele gezeigt werden.

5. Auf ein Letztes ist hinzuweisen: Wenn im Vorstehenden auf die Voraussehbarkeit der Entwicklung abgestellt wurde, so darf das doch nicht zu dem Trugschluß verleiten, ein schon seit langem bestehender gesetzwidriger Zustand (Vertretung

---

25) So in den Fällen RG JW 25/1401 und BGHSt 14/11 (14 ff.). - Vgl. in diesem Zusammenhang auch RG JW 33/2004.

26) Vgl. etwa RGSt 55/201: Eine ganz neue Kammer war gebildet worden. Obwohl die zusätzliche Direktorenstelle noch nicht bewilligt war, nahm das RG vorübergehende Verhinderung an, denn das Justizministerium hatte die Neubildung durch Verordnung ausdrücklich genehmigt, und in Anbetracht dieser Genehmigung "durfte vom Präsidium vorausgesetzt und erwartet werden, daß die Justizverwaltung alsbald für die Schaffung und Besetzung der hierdurch erforderlich gewordenen neuen Stelle eines Direktors Sorge tragen werde" (aaO S. 202). - Umgekehrt kann die Bewilligung ein unzureichendes Indiz dann sein, wenn sich - bei allgemeinem Richtermangel - voraussichtlich nicht so bald ein geeigneter Mann für die neu geschaffene Stelle des Vorsitzenden finden lassen wird.

trotz dauernder Verhinderung)"höre auf, gesetzwidrig zu sein, sobald sein Ende mit Sicherheit in aller Kürze zu erwarten ist".[27] Nach dieser Auffassung wäre Vertretung zunächst - wegen dauernder Verhinderung - unzulässig, würde sich aber, sobald das Ende der Verhinderung in Sicht kommt, in eine zulässige verwandeln, da von nun an die Verhinderung nur noch "vorübergehend" ist (!).

Eine solche Zäsur geht nicht an. Jede Dauerverhinderung würde sonst irgendwann einmal in eine vorübergehende umschlagen, da ja immer einmal der Zeitpunkt kommt, wo die Wiederherstellung geordneter Verhältnisse, also das Ende der Verhinderung, in greifbare Nähe rückt. Was aber einmal als "dauernd" erkannt ist, das kann nicht mehr"vorübergehend"werden (anders umgekehrt). Die Pflicht des Präsidiums, einen regelwidrigen Zustand durch einen neuen Regelzustand abzulösen, ist unteilbar. Nur dies läßt sich mit dem Grundsatz der Ständigkeit vereinbaren.

Zusammenfassung:

1) Überall da, wo der Gesetzgeber bei Richterverhinderung eine Vertretung vorsieht, geht er von einer lediglich vorübergehenden Verhinderung aus.

2) Eine allgemein-gültige Zeitspanne, von der ab eine vorübergehende zu einer dauernden Verhinderung wird, gibt es nicht. Im Hinblick auf das Geschäfts-Jahr ist jedoch normalerweise eine Höchstfrist von etwa 3 Monaten angemessen.

3) Auch schon vor Ablauf dieser Frist liegt eine dauernde Verhinderung von dem Zeitpunkt ab vor, zu dem feststeht, daß sie innerhalb der Frist nicht zu beheben sein wird oder daß die Behebung doch völlig ungewiß ist. Entscheidend ist, welchen Gang die Dinge bei gewissenhafter Prüfung aller Anhaltspunkte voraussichtlich nehmen werden.

---

27) So ein Zivilsenat des RG in einer unveröffentlichten Entscheidung aus dem Jahre 1932; RG JW 33/2004, wo die Entscheidung angeführt ist, läßt diese Auffassung dahingestellt.

4) Die Prüfung der Voraussehbarkeit wird dadurch erleichtert, daß man für die einzelnen Kategorien von Verhinderungsfällen allgemeine, aus der praktischen Erfahrung geschöpfte Kriterien aufstellen kann.

5) Eine auf Grund einer solchen Prüfung als "dauernd" erkannte Verhinderung kann nicht mehr zu einer "vorübergehenden" werden, auch wenn ihr Ende später in nahe Reichweite rückt.

§ 5. Wer stellt die Verhinderung fest?

A. Feststellung von Fall zu Fall

In zweifelhaften Fällen fragt es sich, wer für die Feststellung des Verhinderungsfalles zuständig ist. Zweifelhaft kann sein, 1. ob eine Verhinderung überhaupt vorliegt, 2. ob sie vorübergehend oder dauernd ist.

I. Aus dem GVG und den Verfahrensgesetzen läßt sich allgemein und unmittelbar zu dieser Frage nichts entnehmen. Eine Ausnahme gilt für die beiden rechtlichen Verhinderungsgründe der Ausschließung eines Richters kraft Gesetzes und seiner Ablehnung wegen Befangenheit. Wer hierüber zu befinden hat und in welchem Verfahren, ist für alle Gerichtszweige genau und im wesentlichen übereinstimmend geregelt, sei es abschließend in der jeweiligen Verfahrensordnung (so in der ZPO durch die §§ 42 ff., in der StPO durch die §§ 24 ff.), sei es durch Verweisung (so z.B. in § 173 VwGO auf die ZPO, in § 20 der Bundesdisziplinarordnung auf die StPO). Nach der Modellregelung in ZPO und StPO entscheidet dabei grundsätzlich das Gericht (d.h. der Spruchkörper), dem der - wegen eines gesetzlichen Ausschließungsgrundes oder wegen Befangenheit - Abgelehnte angehört (§ 45 I ZPO, § 27 IV StPO). Der Abgelehnte selbst nimmt an dieser Entscheidung nicht teil (das folgt aus § 45 I ZPO, § 27 IV StPO). Für die Selbstablehnung gilt nichts anderes (§§ 48 ZPO, 30 StPO).[1)]

---

1) Vgl. in diesem Zusammenhang auch § 192 II GVG über die Zu-

In dieser Regelung kommt ein allgemeines Prinzip zum Ausdruck: die Ausschaltung von Interessenkonflikten. Der - vielleicht! - verhinderte Richter könnte einen subjektiven Standpunkt einnehmen, mag er sich dessen auch garnicht bewußt werden. Deshalb bedarf es einer möglichst neutralen Stelle, u.z. für alle Arten der Richterverhinderung: die Gefahr mangelnder Objektivität ist nicht auf die Fälle der Ausschließung und der Ablehnung beschränkt. In negativer Richtung gilt also, daß der selbst betroffene Richter stets aus dem Kreis der Personen ausscheidet, die zur verbindlichen Feststellung des Verhinderungsfalles berufen sind.

Eine Generalisierung der für die Ausschließung und die Ablehnung getroffenen Gesetzesregelung in positiver Richtung dagegen, daß also die verbleibenden Mitrichter des Kollegiums in allen Verhinderungsfällen berufen seien, wäre nicht zwingend. Diese Regelung ist zwar für die Ausschließung und die Ablehnung die sachgerechteste, denn hier beantwortet sich die Frage: Verhinderung oder nicht? nach Gegenstand und Inhalt des konkreten Verfahrens, und die mit dem Prozeßstoff schon vertrauten Richter können am besten ermessen, ob die behauptete persönliche oder sachliche Beziehung des Richters wirklich besteht. - Eine solche Beziehung zum konkreten Verfahren ist aber in den meisten anderen Verhinderungsfällen nicht gegeben; der betroffene Richter ist aus Gründen verhindert, die mit der einzelnen Sache nichts zu tun haben (z.B. Krankheit, Überlastung mit sonstigen Geschäften).

II. Die geeignete Instanz sehen Rechtsprechung und Schrifttum denn auch für alle übrigen Verhinderungsfälle nicht in dem verbleibenden Kollegium oder auch nur in dem Vorsitzenden, sondern im Präsidenten des Gerichts.[2] Dieser bietet als nicht

---

ziehung von Ergänzungsrichtern bei längerdauernden Verhandlungen. Darüber, ob die Voraussetzung ihres Eintritts (Verhinderung eines "Stammrichters") vorliegen, entscheidet nach h.A. das gesamte Gericht durch Beschluß, vgl. Eb. Schmidt Tl. III Erl. 12 ff. mit weit. Nachw. (zu § 192 GVG).

2) Vgl. z.B. RGSt 46/255, BGHSt 12/34 und 113, BGH MDR 51/539, OGH LM (St) Nr. 4 zu § 67 GVG. - Zum Schrifttum, das dieser Rechtsprechung folgt, vgl. statt aller Eb. Schmidt Tl. III Erl. 29 zu § 63 GVG.

unmittelbar Beteiligter die Gewähr für die erforderliche Objektivität und ist kraft seiner Funktion am ehesten berufen. Er in erster Linie ist ja für einen reibungslosen Ablauf der Geschäfte verantwortlich (s. schon oben S. 25), wozu auch die bindende Feststellung des Verhinderungsfalls und die entsprechende Einsatzverfügung für den Stellvertreter gehört. Man könte allerdings auch an das Präsidium denken, das im Rahmen der gerichtlichen Selbstverwaltung ebenfalls Organisations- und Geschäftsverteilungsfunktionen hat. Es ist jedoch seiner Natur nach nur für Angelegenheiten von übergeordneter Bedeutung gedacht. Es wäre zu schwerfällig, als daß man es sinnvollerweise für Entscheidungen bemühen könnte, die eine individuelle Note tragen und oft rasch und entschlossen getroffen werden müssen. Sofortmaßnahmen, die im Interesse glatter Arbeitsabwicklung erwünscht sind, kann nur der Präsident verfügen.

III. Welche praktische Bedeutung hat nun diese "Rollenverteilung"? - M.E. im wesentlichen nur eine gerichtsinterne. Notwendig ist eine klare, einwandfrei Abgrenzung der Kompetenzen. Sie ist gewährleistet, wenn Einigkeit besteht, daß zuständig für eine verbindliche Entscheidung nur der Präsident ist, daß er also in keiner Weise an die Auffassungen anderer, auch nicht des betroffenen Richters selbst gebunden ist.[3)]

---

3) Gegen eine solche Bindung auch BGH LM (St) Nr. 4 zu § 67 GVG (zust. Kern in JZ 56/410) und Eb. Schmidt Tl. III Erl. 29 zu § 63 GVG. - Bedenklich neuerdings die Entscheidung des BVerwG in NJW 62/268, wonach das Gericht davon ausgehen darf, "daß der sich für verhindert erklärende ehrenamtliche Richter wirklich ernstlich verhindert war, an der anberaumten Verhandlung teilzunehmen", weil erwartet werden müsse, daß ehrenamtliche Richter - ebenso wie Berufsrichter - "sich ohne zwingende Gründe ihrer richterlichen Tätigkeit nicht entziehen werden" (!). - Bei allem Respekt vor richterlicher Gewissenhaftigkeit doch wohl zu viel des Vertrauens! Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, daß Ermittlungen des Gerichts über die Verhinderung oft so zeitraubend sein würden, "daß sie in vielen Fällen zu einer Verschiebung der Verhandlung und damit zu einer der Rechtspflege abträglichen Verzögerung der Entscheidung führen würden" (BVerwG aaO). Das ist kein geeignetes Argument gegen eine eigene Ermittlungstätigkeit des Präsidenten!

Die Revisionsgerichte knüpfen jedoch an diese Kompetenzverteilung auch prozessuale Wirkungen. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist die Feststellung des Verhinderungsfalles ein "Ermessens"-Akt, der in tatsächlicher Hinsicht nicht nachgeprüft werden kann. Dies wird gleicherweise dann angenommen, wenn nicht der Gerichtspräsident oder sein nach § 66 II GVG berufener Vertreter, sondern ein anderer Richter die Verhinderung festgestellt hat. Hier gewährt aber der BGH einen Ausgleich für die Beschränkung der revisionsgerichtlichen Kontrollbefugnisse.[4] Er läßt die Rüge vorschriftswidriger Besetzung ohne weiteres durchgreifen, geht also als selbstverständlich davon aus, daß der von einem nicht berufenen Richter festgestellte Verhinderungsfall nach der tatsächlichen oder - hierauf fußend - nach der rechtlichen Seite falsch beurteilt wurde.[5]

Zwar ist diese Folgerung vom Standpunkt der h.M. aus konsequent, wäre doch eine ausreichende Sicherung gegen Manipulationen nicht gegeben, wenn das Revisionsgericht an jede tatsächliche Beurteilung jedes beliebigen Richters gebunden wäre. Bedenken bestehen aber gegen die Prämisse, daß es sich nämlich um eine nach der tatsächlichen Seite nicht nachprüfbare Ermessensentscheidung handeln soll (s. schon oben S.16). Diese Prämisse kann nicht gebilligt werden. Das Revisionsgericht muß - wie grundsätzlich bei jeder Verfahrensrüge - auch die tatsächlichen Voraussetzungen der Rüge nachprüfen können (Nä-

---

4) Vgl. zuletzt BGHSt 12/33 und 12/113: In beiden Fällen hatte nicht der LG-Präsident oder sein berufener Vertreter, sondern ein anderer Richter, u.z. als "Beauftragter des LG-Präsidenten im Geschäftsbereich Strafgerichtsbarkeit des LG" (vgl. § 13 S. 2 der VO. v. 20. 3. 1935, RGBl. I, S. 403) über die Verhinderung entschieden.

5) Nur in offenkundigen Verhinderungsfällen wird diese Unterstellung nicht vorgenommen, denn bei ihnen kann eine förmliche Feststellung unterbleiben, ist es also gleichgültig, wer sie getroffen hat (BGHSt 12/114: Es wäre "übertriebener Formalismus", in solchen Fällen die Feststellung der Verhinderung durch den Präsidenten zur Voraussetzung für die Heranziehung des nächstberufenen Richters zu machen).

heres unten S. 100 ff.). Dann besteht aber für die sehr weitgehende Folgerung des BGH keine Notwendigkeit. Die gerichtliche Nachprüfung wird schon zeigen, ob von falschen Voraussetzungen ausgegangen wurde; wer den Verhinderungsfall festgestellt hat, ist gleichgültig. Die Tatsache, daß es nicht der an sich berufene Präsident war, kann nicht schon als solche zur Aufhebung des Urteils wegen vorschriftswidriger Besetzung führen.

B. Feststellung generell im voraus durch den Geschäftsverteilungsplan

I. Eine Ausnahme davon, daß der Gerichtspräsident den Verhinderungsfall feststellt - von der gesetzlichen Regelung bei Ausschließung und Ablehnung abgesehen - läßt die Rechtsprechung zu. Die Praxis zeigt, daß gerade die Vorsitzenden der Kammern und Senate und namentlich die Gerichtspräsidenten häufig nicht in der Lage sind, sämtliche ihnen nach dem Geschäftsplan obliegenden Geschäfte selbst zu erledigen. Auf dem Gerichtspräsidenten - nach dem Gesetz ist er verpflichtet, sich einem Spruchkörper anzuschließen (vgl. §§ 62 II S.1, 117, 131 GVG) - lasten eine Fülle anderer, namentlich Justizverwaltungsaufgaben, die seine Arbeitskraft bei größeren Gerichten oft nahezu ausschöpfen (man vergegenwärtige sich etwa das LG Berlin mit über 80 Kammern!). Die Direktoren und Senatspräsidenten ihrerseits sind vielfach mehreren Kammern und Senaten als Vorsitzende zugeteilt; Sonderaufgaben (z.B. die Leitung von Referendarkursen) können hinzukommen. In allen derartigen Fällen läßt sich deshalb schon von vornherein sagen, daß die Richter sich mit Sicherheit laufend wegen Überlastung für verhindert erklären müßten; auch der ungefähre Umfang der Verhinderung kann gewöhnlich abgeschätzt werden.

Unter diesen Umständen wäre es nicht empfehlenswert, immer wieder von Fall zu Fall den Präsidenten um die Feststellung der Verhinderung zu bemühen. Oberflächliche Routineerledigung müßte die Folge sein. Durch den zeitlich völlig unberechenbaren Ausfall des verhinderten Richters käme zugleich auch

ein starkes Moment der Unsicherheit in die Besetzung der Richterbank.

Die Rechtsprechung erlaubt deshalb - durchweg unter Billigung des Schrifttums - eine pauschale Verhinderungserklärung, die für einen Teil der Sitzungen schon vor Beginn des Geschäftsjahres ausgesprochen wird.[6] Hierfür ist das Präsidium, nicht der Präsident zuständig; es handelt sich um eine oft auf die ganze Dauer des Geschäftsjahres oder doch für eine längere Periode wirkende Entscheidung von übergeordneter Bedeutung, um eine "im Interesse eines geregelten Dienstes"[7] praeter legem zugelassene Art der Geschäftsverteilung.

Der von einem Teil der Sitzungen freigestellte Richter scheidet allerdings nicht insoweit aus dem Kollegium aus; er muß deshalb auch wieder an den Sitzungen teilnehmen, wenn er, entgegen ursprünglicher Mutmaßung, später tatsächlich nicht verhindert ist, wenn sich also beispielsweise seine Arbeitsbelastung anders entwickelt, als sie das Präsidium bei Aufstellung des Geschäftsplanes vor Augen hatte. Dieser Fall mag zwar sehr selten sein, ist aber doch denkbar. Das Gericht wäre dann vorschriftswidrig besetzt, würde der nicht mehr verhinderte Richter sich unter Berufung auf die Anordnung des Geschäftsplans seinen Pflichten entziehen. -

In Weiterentwicklung seiner Rechtsprechung hat es das RG auch für zulässig erachtet,[8] nicht nur ein ordentliches Mitglied der Kammer (des Senats), sondern auch den regelmäßigen Vertreter bei Beginn des Geschäftsjahres von einem Teil der etwa erforderlich werdenden Vertretungsverhandlungen zu entlasten, da "wegen der Notwendigkeit eines ungehemmten regelmäßigen Fortgangs der Geschäfte" zwischen ordentlichem Mitglied und

---

6) Vgl. bereits RGSt 25/389, später RGSt 54/299, 62/367 f., 69/325, auch RGZ 115/159 f.; weiter BGHSt 2/72. - Zum Schrifttum s. Löwe-Rosenberg Bd. II Anm. 2c zu § 66 GVG, Wieczorek Bd. V Anm. B I b 2 zu § 66 GVG, Schorn S. 98.

7) RGSt 25/390

8) RGSt 54/298

regelmäßigem Vertreter kein Unterschied gemacht werden könne.[9] - Dies ist logisch konsequent, aber praktisch doch höchst unerwünscht, da allzu leicht Verwirrung eintreten kann. Jedenfalls sollte stets nur einer von beiden, entweder das ordentliche Mitglied oder sein Vertreter im Geschäftsplan für teilweise verhindert erklärt werden.

II. Bei allen derartigen Maßnahmen ist zu beachten, daß die Verhinderung niemals für einzelne, bestimmte Sitzungen oder bestimmte Arten von Sitzungen, sondern immer nur nach generellen, sachlich begründeten Merkmalen ausgesprochen werden darf. Dies verlangt der Grundsatz vom gesetzlichen Richter. Mit Recht hat das RG[10] die Bestimmung eines Geschäftsplan für unzulässig erklärt, die einen LG-Direktor als von vornherein verhindert bezeichnete, "in allen politischen Strafsachen" den Vorsitz zu führen. - Die unverdächtigste Abstrahierung ist wohl die nach Anfangsbuchstaben, die beliebteste allerdings die nach Sitzungstagen (z.B. Verhinderung an jedem 3. Sitzungstag),[11] die aber Manipulationen nicht ganz ausschließt, da die einzelne Sache auf den "gewünschten" Tag angesetzt werden kann.[12]

---

9) aaO S. 299; ebenso RGSt 69/325.

10) RG JW 38/311

11) Als Beispiel vgl. etwa RGSt 25/390.

12) Ähnliche Bedenken gelten für eine Regelung, wonach der ordentliche Vorsitzende "abwechselnd" mit seinem Stellvertreter den Vorsitz führen soll (sie lag RGSt 62/366 zugrunde) - ganz abgesehen davon, daß bei einer solchen Halbierung der Geschäftslast der richtungweisende Einfluß des Vorsitzenden nicht gewährleistet ist (gegen diese Entscheidung auch Eb. Schmidt Tl. III Erl. 8 zu § 62 GVG). Näheres unten S. 47 f. - Vgl. in diesem Zusammenhang auch BGHSt 15/116 zu den Kriterien, die für die Verteilung der Geschäfte auf die einzelnen Rechtsprechungskörper zu beachten sind. Der BGH führt aus (S. 117), daß sich kaum allgemeine - für die Praxis brauchbare - Merkmale finden lassen, die jede willkürliche Zuteilung schlechthin ausschließen, daß aber jedenfalls keine Merkmale gewählt werden dürfen, die unter bestimmten Voraussetzungen eine bewußte Zuteilung nach irgendwelchen Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten sogar nahelegen (in dem entschiedenen Fall: Unzulässigkeit einer Verteilung der Geschäfte nach dem zeitlichen Eingang der Sachen bei der Geschäftsstelle; and. Auffassung ist hier das BAG in NJW 61/1740 mit sehr sorgfältiger Berücksichtigung der Rechtsprechung und des Schrifttums).

III. Gegen eine generelle geschäftsplanmäßige Feststellung der Verhinderung durch das Präsidium, im voraus und für die Dauer des Geschäftsjahres, ließe sich einwenden, sie leiste einer vom Gesetzgeber nicht gewollten Entwicklung Vorschub; es sei besser, die Richter mit wenigen, aber voll erfüllbaren Funktionen zu betrauen als mit einer Reihe nebeneinanderherlaufender Aufgaben, denen sie jeweils nur einen Teil ihrer Arbeitskraft widmen können.

Theoretisch ist dies richtig. Die Praxis sieht jedoch anders aus. Hier geben Überlegungen den Ausschlag, wie die Kammern und Senate am rationellsten zu bilden und zu besetzen sind, wie man der oft chronischen Personalschwierigkeiten am besten Herr werden kann. Was insbesondere den Gerichtspräsidenten angeht, so weiß er wegen seiner sonstigen Verpflichtungen oft kaum, wo er die Zeit für die ihm vorgeschriebene Spruchtätigkeit hernehmen soll. Wollte er, von unvermeidlichen Vertretungen abgesehen (Krankheit, Urlaub u.ä.), alle Sitzungen selbst leiten, so käme vielfach nur ein Zwerggebilde mit geringst denkbarem Arbeitsanfall in Betracht. Wenn auch bei ganz großen Gerichten hier gelegentlich sehr weit gegangen wird,[13] so ist doch solchen Lösungen sicher die Bildung von vernünftig großen Spruchkörpern mit echter Rechtsprechungstätigkeit vorzuziehen, mögen sie dann auch teilweise vom regelmäßigen Vertreter geleitet werden. - Ähnliche Gesichtspunkte gelten auch für die übrigen Vorsitzenden, wenn sie - wie so oft - wegen Mangels an Planstellen mehreren Kammern (Senaten) zugeteilt werden. Solange der richtungweisende Einfluß gewährleistet bleibt, ist für das Richterentziehungsverbot hier keine Gefahr.

---

13) Nach dem Geschäftsverteilungsplan 1961 des LG Berlin z.B. ist die unter Leitung des Präsidenten stehende 1. Zivilkammer lediglich zuständig für "Entscheidungen aus §§ 45, 46 II, 48 ZPO (Ablehnung und Selbstablehnung von Amtsrichtern)"!

Die Verhinderung des ordentlichen Vorsitzenden insbesondere

Für die Revisionspraxis interessiert, wie ein Blick auf die höchstrichterliche Rechtsprechung zeigt, in erster Linie die Vorsitzverhinderung. Die exponierte, schon optisch ins Auge springende Stellung des Vorsitzenden unterwirft ihn zwangsläufig einer gesteigerten Kontrolle durch die Prozeßbeteiligten. Im Folgenden ist deshalb auf einige wichtige Besonderheiten einzugehen, die nur bei ihm, nicht bei den vergleichsweise farbloseren, leichter auswechselbaren Beisitzern von Bedeutung werden können. Es handelt sich um den sog. richtungweisenden Einfluß (unten § 6), um die Frage, ob für den Gerichtspräsidenten andere Maßstäbe gelten als für die übrigen ordentlichen Vorsitzenden (§ 7), und darum, ob ein Vorsitzender, wenn er nur an der Wahrnehmung der spezifischen Vorsitzfunktionen verhindert ist ("graduelle" Verhinderung), wenigstens als Beisitzer tätig werden kann (§ 8).

§ 6. Der sog. richtungweisende Einfluß des ordentlichen Vorsitzenden

Verschiedentlich wurde angedeutet, daß der ordentliche Vorsitzende einen "richtungweisenden Einfluß" auf die Rechtsprechung seines Kollegiums ausüben muß. Ist dieser Einfluß wegen allzu häufiger Verhinderung an der Vorsitzführung nicht mehr gewährleistet, so ist das Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt. Nach Inhalt und Umfang der erforderlichen Einflußnahme richtet sich also, bis zu welchem Grade Stellvertretung noch zulässig ist. Dogmatisch gesehen besteht enge Verwandtschaft zur Frage der Grenzziehung zwischen vorübergehender und dauernder Verhinderung (oben § 4).

I. Wie läßt sich das Erfordernis des richtungweisenden Einflusses begründen?

Das Gesetz betraut den Vorsitzenden mit einer Reihe von Funktionen, die ihn aus dem Kreis der Beisitzer herausheben und ihm eine Sonderstellung einräumen. Ihm obliegt die Verteilung der Geschäfte innerhalb des Kollegiums (vgl. z.B. § 69 GVG, § 8 VwGO), die Terminierung der einzelnen Sachen (vgl. § 213 StPO, 216 II ZPO), die Verhandlungsleitung mit allen damit zusammenhängenden Rechten und Pflichten (vgl. §§ 238 I, 240, auch 228 I S. 2 StPO, 136 ZPO, 103 f. VwGO) und die Leitung der Beratung und Abstimmung (§ 194 GVG), um nur die wichtigsten Aufgaben zu nennen.[1] Teils haben sie mehr allgemein-organisatorischen Charakter wie Geschäftsverteilung und Terminierung, teils berühren sie die einzelne Sache auch inhaltlich unmittelbar wie Verhandlungs- und Beratungsleitung. Hauptsächlich um die letztere Gruppe, die im eigentlichen Sinne richtenden Sonderfunktionen geht es.[2]

Aus seiner funktionellen Vorrangstellung allein folgt aber noch nicht, daß der Vorsitzende auch materiell auf Einhaltung einer klaren Gesamtkonzeption des Kollegiums und, in gewissen Grenzen, auf den Ausgang der einzelnen Verfahren einzuwirken habe. Seine Führungs- und Leitungsrolle ist hierfür erst die äußere Voraussetzung. Recht und Pflicht zu einer den Beisitzern gegenüber gesteigerten Einflußnahme, die erst am gleichen Stimmrecht aller Mitglieder ihre Grenze findet,[3] gründet sich auf folgende zusätzliche Überlegung:

---

1) Dazu eingehend schon Kleinfeller, Funktionen S. 5 ff., 41 ff. Weiter Kühne DRiZ 60/390. - Zur Pflicht des Vorsitzenden, auf die Einhaltung des Grundsatzes vom gesetzlichen Richter zu achten, vgl. Richter JZ 61/659.

2) Ebenso Eb. Schmidt Tl. III Erl. 9 (a.E.) zu § 62 GVG, auch die Anmerkungen von Heilberg zu RGZ 132/301 (in JW 31/2019) und RG JW 32/1142, weiter BGHZ 28/342 und BGH LM (Z) Nr. 11 zu § 551 Z. 1 ZPO.

3) Daß alle Richter eines Kollegiums gleiches Stimmrecht haben, hat das Verwaltungsgericht Südwürtt.-Hohenzollern als "selbstverständlichen" Grundsatz bezeichnet (JZ 59/319; kritisch hierzu Kern S. 320 ff. mit verschiedenen Gegenbeispielen

Nach dem Gesetz ist die Führung des ordentlichen Vorsitzes einem dienstrangmäßig privilegierten Richterkreis vorbehalten. Grundsätzlich dürfen nur Direktoren und Präsidenten an die Spitze der Kammern und Senate gestellt werden.[4] Die einfachen "Mitglieder" (meist Räte) sind - mit einigen Ausnahmen[5] - ausgeschlossen. - Direktoren und Präsidenten verfügen aber gewöhnlich über größere juristische Sachkenntnis und Erfahrung als die in der Laufbahn niedriger eingestuften Räte. Hiervon als gesetzgeberischem Leitbild

---

aus dem geltenden Recht). Der Grundsatz steht aber einem"deutlichen Graduntersched" zwischen dem Vorsitzenden und den Beisitzern nicht entgegen, Kern aaO S. 321, ebenso Seibert JZ 59/349: "Der Vorsitzende ist zwar nur primus inter pares, aber praktisch ist er doch Vorgesetzter ....". - A.A. Kühne DRiZ 60/390, der bezüglich der Sachentscheidung keinerlei Unterschied machen will. Mit dem - auch von ihm nicht angezweifelten - Erfordernis des richtungweisenden Einflusses ist das aber unvereinbar.

4) Vgl. für die Kammern der LGe. § 62 I S. 1 GVG, für die Senate der OLGe. und des BGH §§ 117, 131 i.V.m. § 62 I S. 1 GVG. - Für die Gerichte der anderen Zweige, soweit sie mit mehr als 1 Berufsrichter besetzt sind, gilt nichts anderes, vgl. z.B. §§ 7 I, 9 IV, 10 IV VwGO (Verwaltungsgerichte, OVGe. und BVerwG), § 41 ArbGG (BAG), § 58 I AO (BFH), §§ 34 I, 40 SGG (Landessozialgerichte und BSG).

5) Ausnahmen beim LG: kleine Strafkammer (§ 62 I S. 2 GVG), auswärtige Strafkammer (§ 78 II GVG), Kammer für Handelssachen (§ 105 I GVG), nach der Rechtsprechung auch die Ferienkammern (§ 201 GVG), da sie im Ablauf des Geschäftsjahrs nur eine zeitlich eng begrenzte, i.S. der Richterverhinderung "vorübergehende" Erscheinung sind (RGSt 56/143 und Eb. Schmidt Tl. III Erl. 4 zu § 201 GVG mit weit. Nachw.). Gleiches gilt nach der Rechtsprechung auch für die zur Beseitigung einer vorübergehenden Geschäftsüberlastung gebildeten sog. "Hilfskammern"; sie sind nach BGHSt 12/105 a.E. "nur eine andere zulässige Art, den Verhinderungsfall zu regeln" (die primäre Regelung ist die nach Vertretungsgrundsätzen, vgl. Eb. Schmidt Tl. III Erl. 14 zu § 62, Erl. 6 zu § 66 GVG mit weiteren Hinweisen). - Ausnahmen beim OLG: Nur Ferien- und Hilfssenate.

ist jedenfalls auszugehen.[6] Ihnen für den Regelfall den Vorsitz vorzubehalten kann deshalb nur bedeuten, daß ihre höhere Qualifikation auch durch verstärkte sachliche Einflußnahme auf die Rechtsprechung des Kollegiums nutzbar gemacht werden soll. Wollte man sie darauf beschränken, für eine reibungslose, rationelle Geschäftserledigung, für organisatorisch geschickte und umsichtige Verhandlungsleitung zu sorgen, sie aber im übrigen den Mitgliedern völlig gleichstellen, so würde das ihre besonderen fachlichen Qualitäten nicht voll ausschöpfen, was nicht im Sinne des Gesetzes liegen kann.[7] - Hierin ist die Begründung für das Gebot eines "richtungweisenden Einflusses" zu erblicken.

II. In welchen Formen ist der richtungweisende Einfluß auszuüben?

Wenn, wie dargelegt, der richtungweisende Einfluß in 1. Linie durch sachliche Einflußnahme auf die Rechtsprechung des Kollegiums zu bewirken ist, so kann dies im wesentlichen nur im Rahmen echter Spruchtätigkeit geschehen. Zu Recht vertritt der BGH[8] die Auffassung, ein bloßer, durch Verteilung und Termi-

---

6) Daß die Praxis manchmal anders aussieht, soll nicht geleugnet werden. Es kommt vor, daß in Wirklichkeit ein Beisitzer das Heft in der Hand hält oder daß eine innere Führung überhaupt fehlt, namentlich dann, wenn der Vorsitzende sein Amt mehr einer "Alters"- denn einer Leistungsbeförderung verdankt (ein anschauliches Beispiel dafür, wie ein OLG-Rat den ziemlich hilflosen Vorsitzenden glatt überspielte, findet sich bei Seibert JZ 59/349; vgl. auch Wimmer JZ 53/672 - Anmerkung zu BGHSt 4/191). Solche Fälle bleiben aber doch seltene Ausnahme und können die Berechtigung der Forderung nach einem richtungweisenden Einfluß nicht in Frage stellen.

7) Treffend hat das RG (RGZ 132/302 f.) die gesetzgeberischen Intentionen dahin charakterisiert, man habe die Führung der Kammern und Senate Richtern anvertrauen wollen, "die vermöge ihrer besonderen Auswahl Güte und Einheitlichkeit der Rechtsprechung .... in besonderem Maße gewährleisten" - Ähnlich heute der BGH (BGHZ 9/292 etwa, 20/359, 28/340 f.; BGHSt 2/71, 7/23; ebenso die sonstigen oberen Bundesgerichte (vgl. besonders ausführlich BSG 10/198) und durchweg auch das Schrifttum, vgl. Eb. Schmidt Tl. III Erl. 5 zu § 62 GVG, Löwe-Rosenberg Bd. II Anm. 2a) zu § 62 GVG, Schwarz Anm. 1 A zu § 66 GVG, Wieczorek Bd. V Anm. B I zu § 62 GVG, Zöller Anm. zu § 62 GVG,

nierung der anfallenden Sachen gewonnener Überblick über den Geschäftsstand rechtfertige es nicht, daß der Vorsitzende seine persönliche Mitwirkung auf relativ wenige Sachen beschränke.[9] Eine gute Gesamtübersicht über das, was im Kollegium vor sich geht, sollte doch wohl selbstverständlich sein!

Gänzlich jede Bedeutung wird man allerdings vorbereitenden Maßnahmen wie der internen Geschäftsverteilung und Terminierung nicht absprechen können, wird doch mit ihnen nicht nur eine Art Vorprüfung der eingehenden Sachen, sondern auch mancher sachliche Impuls für deren Bearbeitung verbunden sein. - Über diese (bescheidene!) Möglichkeit der Einwirkung hinaus gibt es aber m.E. kaum Mittel und Wege, außerhalb der Sitzungen nennenswerten Einfluß zu nehmen. Wohl könnte das Recht, den Berichterstatter zu bestimmen, eine echte, wenngleich unsichere Beeinflussung ermöglichen, dann nämlich, wenn der Vorsitzende auf Grund längerer Zusammenarbeit seinen Standpunkt zu einzelnen Rechtsfragen mit der Auffassung des Berichterstatters in Einklang weiß und hoffen darf, jener werde in seinem Sinne Stellung nehmen und die mit der Sache weniger vertrauten Beisitzer überzeugen. Ein sehr bedenkliches, weil von sachfremden Erwägungen nicht ganz freies Verfahren wäre dies aber sicherlich. Noch weniger könnte zugelassen werden, daß der Vorsitzende eines überbesetzten Kollegiums einzelne Mitglieder von einzelnen Verhandlungen fernhält, weil sie zu bestimmten Fragen eine abweichende Meinung vertreten. Mit dem Grundsatz des gesetzlichen Richters und der richterlichen Un-

---

Baumbach-Lauterbach 2 C zu § 62 GVG, Schorn S. 17 f., 86 ff., Kern S. 153 (GVR).

8) BGHZ 20/360 f., bestätigt durch BGHZ 28/338, 341.

9) Der gegenteilige, namentlich vom RG (RGZ 130/154) eingenommene Standpunkt, wonach ein auf diese Weise gewonnener Überblick beträchtlich zu Buche schlagen könne, wurde ausdrücklich abgelehnt.

abhängigkeit wäre ein solches Vorgehen unvereinbar.[10]

Von Interesse ist in diesem Zusammenhang, daß der BGH[11] sogenannten "Besprechungen", wie sie ein Senatspräsident mit den Mitgliedern und dem Geschäftsstellenleiter seines Senats in großer Zahl abgehalten hatte, keinerlei Gewicht beimessen will, da Einfluß allein auf Grund des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung ausgeübt werden dürfe. In dieser Verallgemeinerung scheint mir das nicht zutreffend, wird doch zu unterscheiden sein, ob mit solchen Besprechungen unmittelbar auf den Ausgang der konkreten Einzelsache eingewirkt werden soll oder ob nur allgemein, wenn auch durch einen konkreten Fall ausgelöst, darüber diskutiert wird, welcher Standpunkt zu strittigen Rechts- und Beweisproblemen vorzuziehen ist. Besprechungen der letzteren Art mit einem mehr generalisierenden, allgemein klärenden Charakter[12] können als stän-

---

10) Gegen ein solches Manipulieren auch Kern, DRiZ 59/143 und GVR S. 152 f., weiter Meyer, DRiZ 51/86 f. mit sehr anschaulicher Schilderung der Situationen, wie sie bei überbesetzten Spruchkörpern auftreten können. Anhand eines Falles aus seiner eigenen Praxis schreibt er: "Ich hatte also die - zweifelsfrei gesetzlich gegebene, aber dem Gesetzessinn zuwiderlaufende - Möglichkeit, die Kammermehrheit .... mir meinen Wünschen entsprechend zusammenzustellen." In der Tat trifft das zu, wenn, wie in jenem Fall, neben dem Berichterstatter noch zwei Beisitzer zur Verfügung stehen, deren einer der Rechtsansicht des Vorsitzenden, der andere der gegenteiligen Ansicht ist. Die Bevorzugung des einen wäre genau so wenig zu rechtfertigen wie die des anderen! - Einen Ausweg aus diesem Dilemma eröffnet § 8 II VwGO, wonach der Vorsitzende vor Beginn des Geschäftsjahres für dessen Dauer bestimmt, nach welchen Grundsätzen die Mitglieder an den Verfahren mitwirken. Vgl. dazu Kern, DRiZ 60/376 und namentlich Richter, JZ 61/689 f. Bettermann, Grundrechte S. 555 f. fordert eine Regelung mit dem Inhalt des § 8 II VwGO schon de lege lata für alle Gerichtszweige. Gleichwohl hat der Gesetzgeber sie bisher nicht über den Bereich der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit ausgedehnt, auch nicht im Rahmen des DRG von 1961, das ein willkommener Anlaß gewesen wäre.

11) BGHZ 28/341

12) Die üblichen formlosen Gespräche von Richter zu Richter sind natürlich nicht gemeint; sie verstehen sich von selbst.

dige Einrichtung allen Mitgliedern Gewinn bringen, zumal die Atmosphäre vielfach freier und unbefangener sein wird als in den Beratungen. Eine "Richtung" der Kammerrechtsprechung (beachte: "richtung"-weisender Einfluß!) läßt sich durchaus auch auf diese Weise miterarbeiten, und dann ist es auch gerechtfertigt, das erforderliche Maß an persönlich zu leitenden Sitzungen etwas zu reduzieren. Das kann allerdings nur in recht bescheidenem Umfange geschehen, und nie dürfen solche Besprechungen als Ersatz für die umfangreicheren und zeitraubenderen Verhandlungen aufgefaßt werden, ist doch Richten und nicht Diskutieren primäre Aufgabe jedes Richters.

III. Welchen Umfang muß der richtungweisende Einfluß haben?

Soll ein konkretes Richtmaß für den Umfang des auszuübenden Einflusses gegeben werden, so ist von den Spruchsitzungen auszugehen, die, wie gezeigt, das eigentliche Betätigungsfeld des Vorsitzenden sein müssen.

Die Parallele zur Abgrenzung der vorübergehenden von der dauernden, eine Vertretung ausschließenden Verhinderung liegt nahe. Zu dieser Frage wurde ausgeführt (oben S. 23), eine 6 Monate oder länger währende Verhinderung könne nicht mehr als vorübergehende gelten, denn anders werde, gemessen an dem Geschäftsjahr, ein vom Gesetzgeber als Ausnahme gedachter Zustand (Vertretung) in Wirklichkeit zur Regel; nur eine Verhinderung, die um einiges unter dieser Halbjahresfrist liege, könne noch als vorübergehende bezeichnet werden, wobei ein Zeitraum von regelmäßig nicht mehr als 3 Monaten, d.i. 1/4 des Geschäftsjahres angemessen erscheine. -

Ganz ähnliche Uberlegungen sind für den richtungweisenden Einfluß anzustellen. Ein Vorsitzender, der nur die Hälfte oder noch weniger aller Sitzungen persönlich leitet, kann normalerweise keinen richtungweisenden Einfluß ausüben.[13] Die Ein-

---

13) Ebenso Wieczorek Bd. V Anm. B I b 1 zu § 62 GVG.

flußsphäre wäre praktisch zwischen ihm und seinem Vertreter halbiert (s. oben S. 39 Anm. 12), oder der letztere würde sogar dominieren.

Deshalb muß persönliche Leitung einer Zahl von Sitzungen gefordert werden, die erheblich über der Hälfte aller Sitzungen liegt.[14] Analog der für die Verhinderungsdauer erarbeiteten Richtzahl 1/4 wäre daran zu denken, auch dem ordentlichen Vorsitzenden nur zuzubilligen, daß er sich höchstens bis zu durchschnittlich 1/4 aller Sitzungen vertreten läßt. Hier muß aber berücksichtigt werden, daß doch auch - wenngleich geringfügig - außerhalb der Spruchsitzungen Einfluß genommen werden kann. Wenn es (wie selten) zu echten regelmäßigen "Besprechungen" in dem oben S. 46 aufgezeigten Sinne kommt, namentlich aber wenn der Vorsitzende (wie üblich) die ein-gehenden Sachen persönlich einer ersten Durchsicht unterzieht, sie auf die Berichterstatter verteilt, die Termine bestimmt und so durch die Bearbeitung des Dezernats mittelbar an allen Vorgängen bis zu einem gewissen Grade beteiligt ist, dann ist es wohl noch vertretbar, daß er seinem Stellvertreter bis zu 1/3 aller an sich von ihm selbst zu leitenden Sitzungen überläßt. Stärker aber darf er regelmäßig nicht entlastet werden, soll nicht der richtungweisende Einfluß in Frage gestellt werden und fehlerhafte Gerichtsbesetzung die Folge sein.

IV. Es fragt sich nun, ob besondere Zwangslagen, "Notstände" anzuerkennen sind, die ausnahmsweise eine mildere Beurteilung rechtfertigen.

1. Eine solche Sondersituation hat der BGH[15] darin gesehen, daß ein Senatspräsident, der die Leitung des Senats erst 4 1/2 Monate vor dem angefochtenen Urteil übernommen hatte, sich deshalb besonders häufig vertreten ließ, weil er noch

---

14) Ähnlich auch BGHZ 20/362, wo Vorsitzführung "in der überwiegenden Mehrzahl aller zur Entscheidung gelangenden Sachen" gefordert wird. Konkreter hat sich der BGH allerdings nie geäußert! - Daß Vertretung in durchschnittlich 4/5 (so im Fall BGHZ 28/338) oder gar in 8/9 (so bei BGHSt 2/71) aller Sitzungen gesetzwidrig ist, bedarf keiner weiteren Worte.

15) BGH LM (Z) Nr. 11 zu § 551 Z. 1 ZPO.

nicht voll eingearbeitet war. Mit Rücksicht hierauf hat der BGH eine vorschriftswidrige Besetzung - das Urteil war unter dem regelmäßigen Vertreter ergangen - verneint, die er unter normalen Umständen wegen ungenügenden richtungweisenden Einflusses offenbar bejaht hätte.

Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Eine echte Zwangslage war nicht gegeben. Das Präsidium hätte vorbeugen können, indem es dem Senat für das 1. Geschäftsjahr eine entsprechend geringere Geschäftslast zuteilte.[16] - Wurde aber auf diesen praktisch durchaus gangbaren und zumutbaren Weg verzichtet, dann konnte doch verlangt werden, daß der neue Vorsitzende die notwendige Eingewöhnung durch vorübergehende persönliche Mehrarbeit bewältigte und nicht einfach auf seinen Vertreter zurückgriff. Auch der junge Assessor, der beim Amtsgericht anfängt, muß sich selbst behelfen und kann die anfängliche - subjektive - Mehrbelastung nicht auf andere abwälzen. Es liegt - entgegen dem BGH[17] - eben doch anders als bei einer vorübergehenden Verhinderung durch Krankheit oder Urlaub. Das sind zwingende Vertretungsgründe, die Schwierigkeiten der Einarbeitung sind es nicht. Der Rechtssuchende darf verlangen, daß sie nicht auf seinem Rücken ausgetragen werden;[18] er hat einen Anspruch auf den richtungweisenden Einfluß. Nimmt man den Grundsatz wirklich ernst, dann muß man konsequent sein und darf nicht ohne Not Einbruchstellen zulassen, von woher er durchlöchert und aufgeweicht werden könnte. -

Im Prinzip wird damit ein absoluter Begriff des richtungweisenden Einflusses vertreten, absolut in dem Sinne, daß die Gründe, welche einen Vorsitzenden an der Ausübung des erforderlichen Einflusses hindern, gleichgültig sind und garnicht

---

16) Zutreffend hat der BGH in anderem Zusammenhang (BGHZ 28/343) ausgesprochen, in 1. Linie das Präsidium sei berufen, dem Ausmaß der Arbeitskraft der einzelnen Richter - durch entsprechende Geschäftsverteilung - Rechnung zu tragen.

17) Wie Anm. 15.

18) Er kann dies auch verlangen, wenn der neue Vorsitzende trotz mancher Überstunden ohne verstärkte Unterstützung seines Vertreters nicht auskommt, denn dann ist dieser entweder für sein Amt nicht geeignet oder die Arbeitslast ist objektiv zu groß, was beides nicht zu Lasten des Einzelnen gehen darf.

näher nachgeprüft zu werden brauchen.[19] Sie können das Maß der Einflußnahme nicht relativieren, wie sie auch beschaffen sein mögen (Einarbeitung, Überlastung durch Tätigkeit in anderen Spruchkörpern, durch Justizverwaltungsgeschäfte, durch Leitung von Referendarkursen usw.).

2. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kann nur dann anerkannt werden, wenn eine echte, überörtliche, also nicht auf die besonderen Verhältnisse einzelner Gerichte beschränkte Notstandssituation vorliegt. Gemeint ist damit die namentlich in Kriegs- und Nachkriegszeiten und in Zeiten wirtschaftlicher Depression auftretende allgemeine Verknappung an persönlichen und sächlichen Mitteln (Mangel an Planstellen oder doch an qualifizierten Richtern, um diese zu besetzen), die dann meist noch Hand in Hand geht mit einer oft sprunghaften Geschäftsvermehrung - als Folge ganz neu entstehender Rechtsgebiete, wie sie etwa das Zwangsbewirtschaftungs-, das Aufwertungs-, das Entschädigungs- und das Wiedergutmachungsrecht darstellen. In solchen Krisenperioden haben alle ihren Anteil zur Überwindung der allgemeinen Notlage beizutragen. Sind die Justizverwaltungen einfach nicht mehr in der Lage, genügend Direktoren und Senatspräsidenten zur Verfügung zu stellen, dann müssen Opfer auch vom Rechtssuchenden gebracht werden. Er kann nicht mehr ein Maß an richtungweisendem Einfluß verlangen, wie es der Gesetzgeber nur für geordnete, normale Verhältnisse zubilligen wollte und konnte. Soviel nur steht ihm unweigerlich zu, daß ein rechtsstaatliches Gerichtsverfahren gewährleistet bleibt und insbes. keine willkürliche Entziehung des gesetzlichen Richters (dazu unten S. 124 ff.) stattfindet. Davon aber kann keine Rede sein, solange organisatorische Sondermaßnahmen sachlich durch zwingende, übergeordnete Gesichtspunkte gerechtfertigt sind. -

Die Rechtsprechung des BGH zeigt Ansätze für den hier vertretenen Standpunkt. Zunächst noch - Anfang 1953 - hat es der

---

19) Anders nur, wenn zugleich eine Dauerverhinderung in Frage steht, da hier eine Prüfung der mutmaßlichen Weiterentwicklung erforderlich ist, s. oben S. 25 ff.

3. Zivilsenat[20] nur für erforderlich gehalten, daß der ordentliche Vorsitzende von den anfallenden Sachen "in irgendeiner Weise Kenntnis nehmen, sie verteilen und die Termine festsetzen muß", denn "nur so hätte er einen ausreichenden Überblick ..... gewinnen und behalten können, und nur so wäre er in der Lage gewesen, den Vorsitz in der einen oder anderen Sache selbst wahrzunehmen, falls ihm dies nach seinem pflichtgemäßen Ermessen zweckdienlich erschienen wäre."[21] Aber schon kurze Zeit später schränkt der 5. Zivilsenat[22] ein, wenn er sagt, daß die bloße und nur spärlich genutzte "Möglichkeit", jede Sache persönlich zu leiten, keinesfalls genüge, daß es vielmehr einer genügenden Übersicht über die Geschäfte und deren dauernder Beeinflussung bedürfe (s. auch unten S. 55 mit Anmerkungen 37 und 38). - Nach und nach verschärfen sich die Anforderungen wieder,[23] bis der 4. Zivilsenat[24] 1956 erklärt, die außergewöhnlichen Umstände der Nachkriegsjahre seien spätestens ab 1955 endgültig einer Normalisierung gewichen, auch ein Senatspräsident sei in 1. Linie Richter seines Senats, er müsse deshalb in 1. Linie diesem seine Arbeitskraft widmen und auch tatsächlich in der überwiegenden Mehrzahl der zur Entscheidung gelangenden Sachen persönlich den Vorsitz führen.[25]

---

20) BGHZ 9/293

21) Ähnlich zurückhaltend früher RGZ 130/154, worauf der BGH aaO S. 293 ausdrücklich hinweist, weiter RGZ 132/301 und OLG Köln NJW 52/518.

22) BGHZ 10/131 f.

23) Vgl. BGHZ 15/135, 16/254, BGHSt 7/26.

24) BGHZ 20/360 ff.

25) Hierin spiegelt sich eine allgemeine Entwicklung in der Judikatur wider, die Sarstedt, DRiZ 60/349 abschließend dahin kennzeichnet: "Nachdem eine strenge Rechtsprechung die für die Besetzung zuständigen Stellen mit Erfolg daran gewöhnt hat, wieder sorgfältig auf die Einhaltung aller Vorschriften über den gesetzlichen Richter zu achten, ..."

Deutlich wird in diesem Wandel der Beurteilung die Tendenz erkennbar, den richtungweisenden Einfluß, seinen Inhalt und seinen Umfang einer Art "clausula rebus sic stantibus", einer Art "Notstandsklausel" zu unterwerfen.[26] Irgendeinen Ausweg muß und wird die Praxis ja immer finden, wenn Wunsch und Wirklichkeit nicht mehr auf einen Nenner zu bringen sind, und es kann sich dann nur darum handeln, das kleinere Übel zu wählen. Dieses ist aber für unseren Fall sicher am ehesten noch in einer vorübergehenden maßvollen Minderung der an den richtungweisenden Einfluß zu stellenden Anforderungen zu sehen,[27] da dieser Weg am aufrichtigsten der bestehenden Zwangslage Rechnung trägt.[28] Vorzuziehen ist er auf jeden Fall einem rückwirkenden gesetzgeberischen Eingriff, wie ihn das - höchst fragwürdige - "Gesetz zur Ergänzung der Vorschriften über den Vorsitz bei den Kollegialgerichten" vom 30. 3. 1928 (RGBl. I, S. 134) darstellt, wenn es den gordischen Knoten dadurch"löste", daß die an sich gegebenen Anfechtungsmöglichkeiten nach § 551 Z. 1 und § 579 I Z. 1 ZPO einfach für eine Weile abgeschnitten wurden![29]

---

26) Zustimmend zu dieser BGH-Rechtsprechung auch Johannsen, Anm. zu BGHZ 20/355, abgedruckt bei LM (Z) Nr. 5 zu § 551 Z. 1 ZPO, und Wb. Schmidt Fl. III Lrl. 9 zu § 62 GVG.

27) Eine"Umgehung" des Gesetzes (so RGZ 132/304) ist das nicht; sie läge nur vor, wenn man es überhaupt - entgegen dem GVG - gleichgültig sein lassen wollte, ob ein Rat oder ein Direktor (Senatspräsident) den Vorsitz führt (das wäre natürlich unter allen Umständen unzulässig).

28) Unrealistisch RGZ 132/304, wo ausgeführt wird, ein allgemeines Anwachsen der Geschäfte und der wirtschaftlichen Notlage des Staates (1931!) dürften von den Gerichten nicht berücksichtigt werden, sondern umgekehrt erforderten gerade in Zeiten wirtschaftlichen Niedergangs die vom Gesetzgeber für die Gewährleistung einer guten Rechtsprechung getroffenen Maßnahmen eine besondere Beachtung. - Vgl. auch die folg. Anm.

29) Wortlaut: "Ein vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes verkündetes Urteil eines Oberlandesgerichts oder Landgerichts kann nicht nach §§ 551 Z. 1, 579 Abs. 1 Z. 1 der ZPO mit der Begründung angefochten werden, daß der nach der Geschäftsverteilung bestellte Vorsitzende des Senats oder der Kammer an dem Vorsitz dauernd verhindert und mit Rücksicht hierauf seine Vertretung durch das älteste Mitglied des Senats oder der Kammer (§§ 66, 117 GVG) nicht zulässig gewesen sei." - Kritisch hierzu auch Helber DRiZ 29/48, nach dessen Auffassung sich

Gewiß sollen die Gefahren einer allgemeinen "Notstandsklausel" nicht verkannt werden. Für die Gerichte und die Justizverwaltungen mag die Versuchung naheliegen, unüberwindliche Hindernisse zu sehen, wo keine sind, oder solche gar nur vorzuschieben. Daher bedarf es einer fortgesetzten strengen Überwachung der Entwicklung und einer Anpassung der Anforderungen an die sich verändernde Situation. Die skizzierte Rechtsprechung des BGH beweist aber, daß dies möglich ist. Es lassen sich lebensnahe Maßstäbe finden, um, wenn es nottut, die Revisionslustigen zu mahnen, daß sie von den Gerichten nichts Unmögliches verlangen, und um ihnen doch auch wieder Schritt für Schritt in dem Maße, wie sich die Lage normalisiert, ihr Recht auf den richtungweisenden Einfluß zuzuerkennen. -

V. Das Erfordernis des richtungweisenden Einflusses hat zur selbstverständlichen Folge, daß kein Richter durch den Geschäftsverteilungsplan zum ordentlichen Kammer- (Senats-) Vorsitzenden bestellt werden kann, der nicht Direktor (Senatspräsident) ist.[30] Eine Umgehung des Gesetzes liegt aber auch dann vor, wenn ein Spruchkörper in zwei sachlich und personell voreinander unabhängige "Abteilungen" (Ia und Ib oder ähnlich) gespalten wird, deren eine ständig der regelmäßige Vertreter des ordentlichen Vorsitzenden leitet. Dies ist keine bloß interne Verteilung der Geschäfte mehr nach § 69 GVG, sondern es bestehen de facto zwei Rechtsprechungskörper, von denen nur einer den gesetzlich geforderten qualifizierten ordentlichen Vorsitzenden hat, der andere aber dessen Einfluß entzogen ist. - Ganz zu Recht hat das RG ein solches - meist durch Personalschwierigkeiten veranlaßtes - Vorgehen als gesetzwidrig bezeichnet.[31] Gleichgültig ist dabei, ob die einzelnen Sachen nach dem Geschäftsverteilungsplan automatisch

---

diese "bedenkliche gesetzgeberische Tat" hätte umgehen lassen, wenn man darauf vertraut hätte, daß die Rechtsprechung Mittel und Wege finden werde, um einer allzu weit greifenden Wirkung der nach wie vor bestehenden Anfechtungsmöglichkeit zu steuern."

30) So schon RGSt 18/11; s. oben S. 43 Anm. 5.

31) RG JW 14/427, 15/96; zust. Eb. Schmidt Tl. III Erl. 11 zu § 62 GVG, Löwe-Rosenberg Bd. II Anm. 2b zu § 62 GVG, Baumbach-Lauterbach Anm. 2 C a.E. zu § 62 GVG, Schorn S. 83 (Präsidialverfassung), Richter, JZ 61/687.

der zuständigen"Abteilung"zufallen oder ob der "ordentliche" Vorsitzende die Zuweisung immerhin noch selbst besorgt, von da ab jedoch jeglichen Einfluß auf die weitere Behandlung verliert.[32)]

VI. Bei großen Gerichten sind zuweilen Spezialkammern und -senate eingerichtet, so für Wiedergutmachung, für Ehescheidung, für Wertpapierbereinigung, für Baulandsachen. Die Regel ist dies aber nicht. Meist ist die Zuständigkeit der Spruchkörper differenzierter. Es können dann Streitigkeiten aus den verschiedensten Rechtsgebieten anfallen, in einer Zivilkammer beispielsweise Klagen aus Kauf- und Werkvertrag, familien- und erbrechtliche Streitigkeiten, Patent- und Amtshaftungssachen, in einer Strafkammer Verkehrssachen, Vermögensdelikte, politische Strafsachen usw. In solchen Fällen ist nun zu fragen: Läßt es sich mit dem richtungweisenden Einfluß vereinbaren, daß der ordentliche Vorsitzende sich von einzelnen, zur Zuständigkeit seines Kollegiums gehörenden Rechtsgebieten gänzlich fernhält, daß er also beispielsweise nie an Sitzungen teilnimmt, in denen Wertpapier- oder Nachlaßsachen zur Verhandlung kommen? - Technisch kann er dies erreichen dadurch, daß er sich (nachweisliche chronische Überlastung unterstellt) im voraus für bestimmte Sitzungstage, z.B. für jeden vierten, für verhindert erklärt (s. oben S. 37 ff.) und gerade auf diese Tage - und nur auf diese Tage! - die Wertpapier-, Nachlaßsachen usw. ansetzt.

Das RG hat ein solches Vorgehen mehrfach für zulässig erklärt. Einmal waren es aus dem Kreis der umfassenderen Zuständigkeit die Ehesachen,[33)] ein andermal die Aufwertungssachen,[34)] dann wieder die Wechsel- und Schecksachen,[35)] die der Vorsitzende gänzlich vernachlässigt hatte. Dennoch müssen gegen die Zulässigkeit einer solchen "partiell-generellen" Verhinderung starke Bedenken erhoben werden, auch dann, wenn der Vorsit-

---

32) Vgl. Sprinkhardt, DJZ 14 Sp. 299.

33) RGZ 115/158

34) RGZ 126/97

35) RGZ 130/155, bestätigt durch RGZ 132/295; vgl. allerdings FG JW 32/2874.

zende rein mengenmäßig, gemessen an der Gesamtarbeitslast seines Kollegiums, nur einen Bruchteil aller anfallenden Sachen versäumt, vielleicht nur 1/4 oder 1/5.

Das RG verweist zur Begründung seines Standpunkts auf das Recht des Vorsitzenden, nach freiem, unkontrollierbaren Ermessen Termin zu bestimmen (vgl. §§ 216 II ZPO, 213 StPO). Nun - dieses Recht hat der Vorsitzende unstreitig,[36] aber er darf es trotzdem nicht zu Manipulationen benutzen, die der Gesetzgeber ganz offensichtlich nicht decken wollte. Das wäre mißbräuchlich. Auch die Tatsache, daß er jederzeit die Möglichkeit hat, jede beliebige Sache durch entsprechende Terminierung an sich zu ziehen,[37] ändert hieran nichts. Was ist diese Möglichkeit wert, wenn von ihr kein Gebrauch gemacht wird und auch nicht gemacht werden soll?[38]

Der richtungweisende Einfluß muß gleichmäßig und uneingeschränkt auf alle Arten von Sachen ausgeübt werden, die im Rahmen der jeweiligen Zuständigkeit anfallen können.[39] Der einen oder anderen Gruppe nach Gutdünken den Vorzug zu geben, geht nicht an. Das praktische Ergebnis wäre, daß über Rechtsstreitigkeiten einzelner Rechtsgebiete fortlaufend Kammern und Senate entschieden, die die vom Gesetzgeber klar zum Ausdruck gebrachten Anforderungen an ihre Zusammensetzung (Direktoren, Senatspräsidenten als ordentliche Vorsitzende) nicht erfüllen. Das Gesetz wäre ebenso umgangen wie durch die erwähnte Aufspaltung eines Spruchkörpers in zwei voneinander unabhängige Abteilungen. -

---

36) Vgl. aber in diesem Zusamenhang auch BGHSt 15/107. Danach ist es unzulässig, die Sitzungstage der Strafkammer auch als Sitzungstage der Jugendkammer zu bestimmen und es dem Vorsitzenden zu überlassen, hieraus nach Bedarf einen als Sitzungstag auszuwählen für die Jugendkammer. Es müssen vielmehr die ordentlichen Sitzungstage für die Jugendkammer für jedes Geschäftsjahr von vornherein selbständig festgesetzt und hierfür die Jugendschöffen ausgelost werden.

37) Darauf weist RGZ 130/157 hin.

38) Anschauliches Beispiel: Im Falle RGZ 126/97 (oben Anm. 34 auf S. 54) hatte ein Senatspräsident schon 2 Jahre lang nur noch - ohne Ausnahme - Aufwertungssachen (Beschlußsachen!) selbst geleitet, sämtliche "Prozeßsachen" aber für seinen regelmäßigen Vertreter terminiert! - S. auch oben S.51 mit Anm. 22.

39) Ähnlich auch Eb. Schmidt Tl. III Erl. 8 zu § 62 GVG.

Zusammenfassung:

1) In allen Fällen, in denen das Gesetz den ordentlichen Vorsitz Präsidenten und Direktoren vorbehält, will es zum Ausdruck bringen, daß der Vorsitzende einen richtungweisenden Einfluß auf die Rechtsprechung seines Kollegiums ausüben muß.

2) Der richtungweisende Einfluß ist im wesentlichen durch persönliche Leitung der Spruchsitzungen auszuüben. Die Möglichkeiten, außerhalb der Sitzungen einzuwirken - durch Verteilung und Terminierung der anfallenden Sachen, durch häufige "Lagebesprechungen" und dergl. - sind bescheiden.

3) Regelmäßig ist der richtungweisende Einfluß noch gewährleistet, wenn der ordentliche Vorsitzende durchschnittlich bis zu 1/3 aller Sitzungen seinem Vertreter zur Leitung überläßt. Voraussetzung ist dabei aber, daß er das Dezernat selbst bearbeitet und so mittelbar an allen Vorgängen bis zu einem gewissen Grade beteiligt ist.

4) Gleichgultig für das Maß des auszuübenden Einflusses ist es, aus welchen Gründen der Vorsitzende an ausreichender Vorsitzführung gehindert ist (absoluter Begriff des richtungweisenden Einflusses). Echte, übergeordnete Notstände, bedingt namentlich durch Kriege und nachhaltige wirtschaftliche Krisen, rechtfertigen jedoch eine Minderung (keinen Verzicht!) der Anforderungen. Auch der einzelne Rechtssuchende darf dann an den personellen Schwierigkeiten der Gerichte beteiligt werden.

5) Bestimmten Kategorien von Sachen (etwa nur Wechsel- und Scheeksachen) darf nicht einseitig der Vorzug gegeben werden. Auf alle Arten von Sachen, die zur Zuständigkeit des Spruchkörpers gehören, ist gleichmäßig Einfluß zu nehmen. -

Übrigens nach Abschluß der Arbeit:

[illegible] 10. 5. 1971 ist ein grundsätzlicher Beschluß des Großen Senats für Zivilsachen des BGH zur Frage des richtunggebenden Einflusses ergangen (abgedr. in NJW 62/1570). Danach muß, damit ein BGH-Senat mit einem Senatspräsidenten als Vorsitzendem vorschriftsmäßig besetzt ist, der Senatspräsident mindestens 75 % der Aufgaben als Vorsitzender des Senats (einschließl. der mehr technischen und verwaltungsmäßigen Aufgaben wie Ansetzung von Terminen, Bestimmung des Berichterstatters usw.) selbst wahrnehmen.

§ 7. Der richtungweisende Einfluß des Gerichtspräsidenten insbesondere

Nach § 62 II S. 1 GVG bestimmt der Präsident des Landgerichts vor Beginn des Geschäftsjahres die Kammer, der er sich anschließt. Dasgleiche gilt für die OLG-Präsidenten und für den Präsidenten des BGH (§§ 117, 131 GVG). Entsprechende Regeln sind für die anderen Gerichtszweige getroffen.[1)]

In allen diesen Fällen muß die Anschlußerklärung erfolgen - darüber besteht in Rechtsprechung und Schrifttum Einigkeit.[2)] Man möchte nicht, daß der Präsident zum reinen Verwaltungsbeamten absinkt. Er soll den Kontakt zur Rechtsprechung als der eigentlichen Richteraufgabe nicht verlieren. Nur so kann er seiner repräsentativen Stellung gerecht werden und das nötige Verständnis für die Schwierigkeiten aufbringen, denen sich Richter und Rechtssuchende täglich gegenübersehen.[3)]

Die Verwaltungsaufgaben des Präsidenten können nun bei großen Gerichten ganz im Vordergrund stehen (s. auch oben S.40). Dann ist Gefahr, daß er die Pflichten vernachlässigt, die ihm in seiner Eigenschaft als Kammer- (Senats-) Vorsitzender obliegen. Folge müßte Vorsitzvertretung in großem Umfange sein. Es fragt sich, ob dies zulässig ist, ob m.a.W. an den richtungweisenden Einfluß des Gerichtspräsidenten mit Rücksicht auf seine besondere Situation geringere Anforderungen gestellt werden dürfen als bei den Direktoren und Senatspräsidenten.

Das RG bejahte diese Frage, jedenfalls für die Präsidenten der OLGe.[4)] Da ihnen - im Gegensatz zu den Senatspräsidenten - durch Reichs- und Landesgesetze richterliche und verwaltungsmäßige Dienstgeschäfte in erheblichem Umfange zugewiesen seien,

---

1) Vgl. z.B. §§ 7 I, 9 IV, 10 IV VwGO, 58 I AO, 36e PatG.

2) Löwe-Rosenberg Bd. II Anm. 6 zu § 62 GVG, Eb. Schmidt Tl. III Erl. 18 zu § 62 GVG, Wieczorek Bd. V Anm. B I b 1 zu § 62 GVG; RGZ 119/283; BGHSt 7/26.

3) Für alle anderen, weniger exponierten Richter dagegen gilt kein Anschlußzwang, auch nicht, wenn sie Direktoren- oder Senatspräsidentenrang haben, RGSt 46/254 f. Dennoch sollte nach

müsse das ihre Beteiligung an der eigentlichen Rechtsprechung beschränken, und deshalb sei Vorsitzvertretung in stärkerem Maße als gewöhnlich zulässig. - Nach dem Kriege hat sich namentlich das OLG Köln[5] für eine solche Differenzierung ausgesprochen. Seiner Ansicht nach geht § 62 GVG als selbstverständlich davon aus, daß der LG-Präsident überwiegend durch Verwaltungsgeschäfte in Anspruch genommen wird und daher der von ihm geleiteten Kammer nicht mehr als einen Bruchteil seiner Arbeitskraft widmen kann. Letzteres werde vom Gesetzgeber gebilligt unddamit zugleich eine Richtschnur gegeben für das Maß der Anforderungen, die an die Einflußnahme des LG-Präsidenten auf den Geschäftsgang seiner Kammer zu stellen seien. - Der BGH hat diesen Standpunkt allerdings nie ausdrücklich vertreten. Wohl aber haben ihn Schorn[6] und selbst Eb. Schmidt[7] gutgeheißen.

Dennoch sind stärkste Bedenken anzumelden. Es wurde schon dargelegt (oben S. 49), daß der richtungweisende Einfluß nur absolut verstanden werden kann. Güte und Einheitlichkeit der Rechtsprechung müssen gleichmäßig für alle gewährleistet sein. Das ist nicht mehr der Fall, wenn man der oben skizzierten Auffassung folgt. Sie erkennt, ohne es direkt zuzugeben, eine generelle Unterscheidung in höher- und niedrigerwertige Kammern und Senate an. Daß der Gesetzgeber diese Konsequenz einer qualitativ ungleichen Rechtsgewährung zugestehen wollte, kann vernünftigerweise nicht unterstellt werden. Sicherlich hat er die besondere Situation der Gerichtspräsidenten, ihre auch schon vor Erlaß des GVG oft umfangreiche Betrauung mit nichtrichterlichen Aufgaben, gekannt und bedacht. Ebenso sicher aber - wenn schon mit dem historischen Willen des Gesetzgebers argumentiert werden soll - blieb es ihm dann nicht verborgen, daß es einen viel besseren Weg als eine Minderung des

---

Möglichkeit jeder Richter einer Kammer (einem Senat) zugeteilt werden!

4) RGZ 132/296; bestätigt durch RG JW 32/2874.

5) NJW 52/518 f. 6) Präsidialverfassung S. 96.

7) Tl. III Erl. 13 und 18 zu § 62 GVG; zustimmend wohl auch Schwarz Anm. 1 A zu § 62 GVG; unklar Kleinknecht-Müller Anm. 2a zu § 62 GVG und Baumbach-Lauterbach Anm. 2 C zu § 62 GVG.

richtungweisenden Einflusses gibt, um in allen Fällen den Anschlußzwang des Gerichtspräsidenten sinnvoll zu realisieren: Die Schaffung von Spruchkörpern mit einem auf die Arbeitslast des Präsidenten zugeschnittenen, d.h. angemessen verkleinerten Aufgabengebiet.[8] Die Präsidien haben das bei der Geschäftsverteilung in der Hand. Dann wird der Präsident nicht überfordert, kann aber dennoch einen echten richtungweisenden Einfluß ausüben und wird der eigentlichen Rechtsprechungstätigkeit nicht völlig entfremdet.[9]

Gewiß sind der Verkleinerung Grenzen gesetzt (s. oben S.40). Ein Zwerggebilde, das nichts Wesentliches mehr zu tun hat, wäre nicht nur unökonomisch, sondern es käme auch bedenklich nahe an eine Gesetzesumgehung heran. Solche Lösungen lassen sich aber vermeiden, selbst bei Mammutgerichten mit einem entsprechend großen Verwaltungsaufwand. Jeder Präsident kann seine Arbeit so einteilen und verteilen, daß ihm genügend Zeit für die Vorsitzführung in einem nicht zu großen Spruchkörper bleibt. Es gibt Möglichkeiten der Entlastung genug. Namentlich auf den Vizepräsidenten kann ein Teil der Verwaltungsaufgaben delegiert werden, und viele mehr routinemäßigen Verrichtungen kann der Präsident auch durch einen tüchtigen Geschäftsstellenleiter unterzeichnungsreif vorbereiten lassen (gerade die Befreiung von "Kleinkram" wird u.U. stark ins Gewicht fallen!). Zudem ist der höchstzulässige Umfang, in welchem Verwaltungsgeschäfte auf Mitarbeiter übertragen werden dürfen, nicht vorgeschrieben. Eine strenge Grenze, wie sie durch das Erfordernis des richtungweisenden Einflusses für die Rechtsprechungstätigkeit gesetzt ist, gibt es nicht.

Der Konflikt zwischen der dem Präsidenten obliegenden Rechtsprechungstätigkeit und einem Übermaß an sonstigen Verpflichtungen ist mithin lösbar, ohne daß dies auf Kosten des richtungweisenden Einflusses gehen muß.

Nicht ganz unbedenklich ist in diesem Zusammenhang, daß der

---

8) Vgl. auch BGHZ 28/342 f.
9) In diesem Sinne auch Richter, JZ 61/687.

BGH[10] sich mit einer nur geringfügigen Vorsitzführung durch den Präsidenten dann abfinden will, wenn als regelmäßiger Vertreter ein LG-Direktor bestellt ist und dieser seinerseits einen hinreichenden Einfluß auf die Rechtsprechung der Kammer ausübt. Damit wird der Anschlußzwang des Präsidenten praktisch preisgegeben, auch wenn das der BGH nicht wahrhaben will.[11] Auch werden die Gewichte zwischen dem ordentlichen Vorsitzenden und seinem Stellvertreter verschoben, was immer gefährlich und für die Parteien und ihre Anwälte verwirrend ist. Es liegt nicht wesentlich anders, als wenn neben einem (dauernd durch Verwaltungsgeschäfte verhinderten) ordentlichen Vorsitzenden ein weiterer Vorsitzender bestellt wird, was der BGH[12] im Interesse einer eindeutigen Ermittlung des gesetzlichen Richters zu Recht für unzulässig erklärt hat.[13]

§ 8. Zur "graduellen" Verhinderung des ordentlichen Vorsitzenden

Verschiedentlich hatten sich die Gerichte mit der Frage zu befassen, ob ein Vorsitzender, der lediglich an der Wahrnehmung der spezifischen Vorsitzfunktionen verhindert ist, doch wenigstens als Beisitzer fungieren kann. Man könnte hier von einer Verhinderung nur dem Grade nach, von einer "graduellen" Verhinderung sprechen. Anschauliches Beispiel aus der Judikatur:[1] Der heisere Kammerdirektor, dem lautes Sprechen unmöglich ist und der deshalb den Vorsitz an seinen Vertreter abgibt!

Die Umkehrung der Rangordnung mag auf den ersten Blick befremden, vor allem,wenn sie auch noch optisch durch Unterschiede

---

10) BGHSt 7/23 (26)

11) aaO S. 26: "Der Präsident muß sich nach dem Gesetz einer Kammer anschließen, selbst dann, wenn seine Verwaltungsgeschäfte ihn hindern, die Rechtsprechung dieser Kammer maßgebend zu beeinflussen" (!).

12) BGHZ 15/135 (139)

13) Gegen die Zuteilung eines Direktors, der neben dem Präsidenten als Vorsitzender fungiert, auch Richter JZ 61/687.

1) RGSt 10/318

in der Amtstracht unterstrichen wird (das schlichte Barett des Rates in der Mitte, das stattlichere des Direktors, Senatspräsidenten oder gar des Gerichtspräsidenten bescheiden an seiner Seite!). Aber solche mehr äußerlichen und emotionalen Gesichtspunkte können nicht ausschlaggebend sein.[2] Allein auf die rechtliche Zulässigkeit der "graduellen" Verhinderung kommt es an.

Diese wird nun zwar von den Gerichten im allgemeinen bejaht. Im Schrifttum finden sich jedoch noch vereinzelt Gegenstimmen,[3] weshalb es angebracht erscheint, zu der Frage im Zusammenhang Stellung zu nehmen.

I. Eine allgemeine Vorschrift des Inhalts, daß Präsidenten, Senatspräsidenten und Kammerdirektoren nur als ordentliche Vorsitzende fungieren können, gibt es nicht. Frühzeitig schon hat das RG[4] die Mitwirkung eines LG-Direktors im Schwurgericht unter dem Vorsitz eines OLG-Rats für zulässig erklärt. Es hat dies zutreffend damit begründet, der Gesetzgeber wolle mit der Gegenüberstellung von "Direktoren" und "Mitgliedern" in § 59 GVG lediglich zum Ausdruck bringen, daß den Direktoren "unbeschadet ihrer Richterqualität noch die besonderen Funktionen als Vorsitzende und Mitglieder des Präsidiums überwiesen worden sind", nicht aber daß sie als Beisitzer unverwendbar seien.

Bekräftigt wird diese Auslegung durch die in den §§ 67, 70 I GVG getroffene Regelung. Nach § 67 GVG ernennt der Präsident bei Verhinderung des regelmäßigen Vertreters eines Mitglieds einen "zeitweiligen Vertreter"; dieser muß gem. § 70 I ein "Mitglied desselben Gerichts" sein. Mit keinem Wort ist hier davon die Rede, daß als "zeitweilige Vertreter" (§ 67) aus dem Kreis

---

2) Das hat das RG (LZ 18/926) auch einem LG-Präsidenten bescheinigt, der es nach seinen eigenen Angaben "grundsätzlich" abgelehnt hatte (falscher Stolz?), als Beisitzer an Strafkammerverhandlungen teilzunehmen.

3) Vgl. namentlich Wieczorek Bd. V Anm. A II zu § 66 GVG. - Sicher unzulässig wäre eine Spaltung der Vorsitzfunktionen; nur um eine vollständige Rollenvertauschung kann es sich handeln. Der Vorsitzende kann nicht einen Teil seiner Aufgaben,

der "Mitglieder desselben Gerichts" (§ 70) nur Räte (oder Assessoren) in Betracht kommen. In Rechtsprechung und Schrifttum besteht denn auch Einigkeit,[5] daß die Direktoren, Senatspräsidenten und selbst die Präsidenten im Fall des § 70 I GVG einspringen können und müssen, wenn kein Rat zur Vertretung verfügbar ist und wenn sie selbst nicht ebenfalls verhindert sind.[6]

II. Von der allgemeinen Zulässigkeit einer solchen Verschiebung der Rangordnung ist es nur noch ein Schritt bis hin zur Rollenvertauschung innerhalb eines und desselben Spruchkörpers. Einen solchen"Platzwechsel" bei bloß gradueller Verhinderung des ordentlichen Vorsitzenden verbietet das Gesetz ebenfalls nicht, mögen auch die Schöpfer des GVG, wenn sie von "Verhinderung" sprechen, nur an eine totale Verhinderung gedacht haben.[7] Das RG[8] hat zutreffend darauf hingewiesen, daß sich das Verfahren eines bloßen Austauschs von ordentlichem Vorsitzenden und Beisitzer auch vor allem schon vom rein praktischen Standpunkt aus empfehle. Nur so lasse sich u.U. eine sonst unvermeidliche Aufhebung der Sitzung umgehen. Da die Berufung zum Vorsitzenden zugleich die Befugnis zur Ausübung der Beisitzerfunktionen gewähre, könnten sämtliche Funktionen eines Beisitzers auch vom Vorsitzenden ausgeübt werden.[9]

---

etwa die Beweisaufnahme, auf seinen Vertreter delegieren und im übrigen selbst den Vorsitz führen, denn dafür würde jede gesetzliche Grundlage fehlen, worauf zutreffend schon Kleinfeller, Funktionen S. 54 hingewiesen hat. Die ursprünglich für das GVG vorgesehene Möglichkeit einer Spaltung der Vorsitzfunktionen wurde bei den Beratungen ausdrücklich fallengelassen, vgl. Hahn, Materialien zum GVG S. 698, 700 ff., 804 f.

4) RGSt 3/310

5) Vgl. RGSt 36/379 (383); Eb. Schmidt Tl. III Erl. 6 zu § 67, Erl. 2 zu § 70 GVG mit weiteren Nachweisen.

6) Im Extremfall kann dies dazu führen, daß ein Schwurgericht mit einem gem. § 83 I GVG bestellten Amtsgerichtsrat als Vorsitzendem und einem gem. § 83 III S. 2 GVG berufenen LG-Präsidenten als Beisitzer zusammentritt!

7) Vgl. RGSt 10/319 8) Wie Anm. 7.

9) Bestätigt durch RGSt 18/302, 23/100, RG JW 89/226.

III. Bedenken gegen diese Auffassung könnten sich allenfalls aus der folgenden, mehr dogmatischen und vom RG nicht angestellten Überlegung ergeben:

Übernimmt ein Beisitzer für den graduell verhinderten ordentlichen Vorsitzenden gem. § 66 I GVG den Vorsitz, dann ist er als Beisitzer verhindert. Einzutreten hätte in diesem Fall an sich sein durch den Geschäftsplan (vgl. § 63 I GVG) bestimmter regelmäßiger Vertreter. Dieser wird übergangen, wenn statt seiner der ordentliche Vorsitzende als stellvertretender Beisitzer fungiert. Auf den ersten Blick liegt hierin eine vorschriftswidrige Besetzung des Gerichts. - Der Schein trügt jedoch. Die gleichen Richter wie sonst sprechen Recht - nur mit vertauschten Rollen (was aber ihr gleiches Stimmrecht nicht berührt, s. oben S. 42 Anm. 3). Der Spruchkörper - als Ganzes betrachtet - bleibt unverändert. Dieser Zustand kann nicht schlechter und rechtlich nicht weniger zulässig sein als wenn der ordentliche Vorsitzende ganz ausscheidet und ein stellvertretender Beisitzer von einem anderen Spruchkörper benötigt wird. Wenn die letztere Regelung schon vorschriftsmäßig wäre (was außer Frage steht), dann muß es die erstere umso mehr sein! Die Stetigkeit der Besetzung und damit der Rechtsprechung wird auf diese Weise gefördert, und gerade die umstrittensten Fälle der Vorsitzverhinderung, die Fälle geschäftlicher Überlastung[10] lassen sich u.U. etwas abmildern, wenn der ordentliche Vorsitzende - bleibt ihm schon zur Vorsitzführung keine Zeit[11] - sein Wissen und seine Erfahrung dem Kollegium doch wenigstens als Beisitzer zur Verfügung stellt.

---

10) Daß auch diese u.U. zu einer bloß graduellen Verhinderung führen kann, hat das RG mehrfach entschieden, vgl. z.B. GA 55/109, 62/482.

11) Namentlich wegen des unumgänglichen damit verbundenen, vorbereitenden Aktenstudiums!

2. Abschnitt. Einzelne Verhinderungsgründe

Im 1. Abschnitt sind allgemeine, mit der Richterverhinderung zusammenhängende Fragen - namentlich die Abgrenzung der dauernden von der vorübergehenden Verhinderung und die Verhinderung des ordentlichen Vorsitzenden - behandelt worden. Meist liegen hier die rechtlichen Schwerpunkte. Die tatsächliche Beschaffenheit der Verhinderung: geschäftliche Überlastung, Urlaub, Krankheit, Ausscheiden aus dem Amt usf. ist gewöhnlich unproblematisch. Es gibt aber eine Reihe von Tatbeständen, wo diese Frage - ob also die Merkmale des Begriffs der vorübergehenden Verhinderung erfüllt sind - im Vordergrund steht. So kann es z.B. zweifelhaft sein, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang ein blinder Richter als verhindert zu gelten hat, weiter etwa, welche rechtlichen Konsequenzen es nach sich zieht, wenn ein Richter während der Verhandlung geschlafen hat. Die wichtigsten dieser mehr vom Tatbestand her interessierenden Grenzfälle sollen im Folgenden untersucht werden, wobei in tatsächliche und rechtliche Verhinderungsgründe unterschieden wird.

1. Unterabschnitt. Verhinderungsgründe tatsächlicher Art

§ 9. Schlafende und geisteskranke Richter

A. Noch immer sind die schlafenden Richter nicht zu ihrer (wohlverdienten?) Ruhe gekommen. Es wird sie geben, solange Menschen richten und Anwälte plädieren, und je stärker die Beteiligung des Laienrichtertums, desto größer ihre Zahl. Der Anblick des eingenickten Beisitzers betrübt und belustigt zugleich. Der um Wohl und Wehe der Justiz besorgte, auf die Würde des Gerichts bedachte nüchtern-ernste Betrachter ist befremdet, Witzblattreporter dagegen und Karikaturisten (Honoré Daumier!) sind dankbar für neue Anregung. Nicht zu beneiden der Vorsitzende, der das Unheil nahen sieht und es nicht aufhalten kann, ohne den Kollegen vor versammeltem Publikum bloßzustellen.

Jedoch - die menschliche Tragikomödie hat auch ihre juristische Seite. Der schlummernde Richter winkt den Anwälten als letzter Rettungsanker, wenn alle anderen Wege, die Revision zum Erfolg zu führen, keine Aussicht mehr versprechen. Immer wieder wird die Rüge vorschriftswidriger Besetzung erhoben. Eine reiche Rechtsprechung ist die Folge, und das Schrifttum steht nicht zurück. Scharfsinnige und leidenschaftliche Abhandlungen in erklecklicher Zahl wurden geschrieben. Je nach Mentalität schwanken die Autoren zwischen unverhohlener Entrüstung und verständnisinnigem Augenzwinkern,[1] wenngleich natürlich niemand billigen kann, daß der Gerichtssaal zum Schlafsaal wird.

I. Das Reichsgericht hat lange damit gezögert, den Richterschlaf "justitiabel" zu machen, also anzuerkennen, daß ein schlafendes Mitglied des erkennenden Gerichts ordnungswidrige Besetzung bewirken und somit einen absoluten Revisionsgrund liefern kann. Jahrzehntelang wurde an der überkommenen, formalistischen Auffassung festgehalten, der Gesetzgeber meine mit "vorschriftswidriger Besetzung" nur die Fälle, wo ein nicht oder nicht in gesetzlicher Weise berufener Richter mitgewirkt habe. Sei dagegen die Berufung in Ordnung und der Richter in der Verhandlung anwesend, dann müsse auch davon ausgegangen werden, daß er seine Funktionen dem Gesetz gemäß wahrgenommen habe; der Grad seiner Aufmerksamkeit könne nicht Gegenstand eines Revisionsangriffs sein.[2]

Ist die letztere und entscheidende These - isoliert betrachtet - auch gewiß richtig (es wäre ein Unding, den Richtern nach Schulmeisterart Zensuren für Aufmerksamkeit zu erteilen und damit die Frage nach der Zulässigkeit von Rechtsmitteln zu verknüpfen!), so läßt sie sich doch auf den schlafenden Richter nicht anwenden. Schlaf ist kein verminderter Grad von

---

1) Vgl. etwa Bull DRiZ 59/84, andererseits Seibert JZ 59/349.

2) Vgl. RGSt 22/107 f. aus dem Jahre 1891 und als Vorläufer schon ein Urteil des Preußischen Obertribunals aus den 50er Jahren des 19. Jahrhunderts (GA 2/800). Bestätigt wird diese Auffassung in RG GA 68/360, LZ Bd. 14 Sp. 804; beachte auch RGSt 30/399 f., 40/48 (51 f.).

Aufmerksamkeit, sondern gänzliche Unaufmerksamkeit, Abschaltung aller geistigen Funktionen. Geistige Leistungsfähigkeit aber ist selbstverständliche Voraussetzung jeder Richtertätigkeit. Ihr Fehlen beim schlafenden Richter stellt diesen einem körperlich abwesenden Richter gleich.

Dem Reichsgericht wurde dies immer wieder entgegengehalten,[3] auch unter Hinweis auf die Grundsätze der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit, die verlangen, daß jeder Richter in der Lage ist, den gesamten Inhalt der Verhandlung sinnlich wahrzunehmen,[4] und unter Hinweis darauf, daß die RG-Rechtsprechung, wenn sie den Schöffen und Geschworenen (als den Hauptschläfern!) Schlaffreiheit zubillige, zur Aufwertung des Laienrichtertums nicht gerade beitrage.[5] - Erst Mitte der 20er Jahre, nachdem es sogar einen schlafenden Vorsitzenden (kaum vorstellbar!) in Schutz genommen hatte,[6] gab das RG unter dem Druck vernichtender Kritik, die dieser Entscheidung zuteil wurde,[7] seine These preis[8] und erkannte an, daß zwischen einem schlafenden, oder allgemeiner: zwischen einem geistig abwesenden und einem körperlich abwesenden Richter kein grundsätzlicher Unterschied bestehe.

---

3) Vgl. Oetker GA 49/93 ff. (98) und Glaser-Oetker Bd. 3 S. 104, weiter Hellwig GS 82/403 (448 ff.), ders., MonSchr. f. KrimPsych. Bd. XI/529 ff., Eckstein GS 83/127 f., Feisenberger, Strafprozeßordnung Anm. 3 zu § 338.

4) Maas, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 77 S. 41 f.

5) Mittermaier, MonSchr. für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, 2. Jahrg. 1905/06 S. 1 (13).

6) RG JW 25/1007

7) Vgl. die Anmerkung von Heilberg in der JW; auch die Tagespresse beschäftigte sich mit dem Urteil; die "Neue Preußische Zeitung" schrieb (abgedruckt in DRiZ 25 Sp. 118): "Reichsgerichtsentscheidung hin, Reichsgerichtsentscheidung her, während einer Verhandlung schlafende Richter sind eine Farce, die jeder vernunftgemäßen Justiz Hohn spricht. Und der Würde, dem Ansehen des Gerichts! ....."

8) RGSt 60/63

II. De facto allerdings durften die Richter auch jetzt noch weiterschlummern. Lediglich seine Taktik änderte das RG. Es verlagerte seine Abwehr von der rechtlichen auf die tatsächliche Ebene, indem es die Anforderungen an das, was unter "Schlaf" zu verstehen sei, künstlich hochschraubte: Selbst ein - einmaliger oder gelegentlicher - "schnarchender Ton" (den die unmittelbaren Nachbarn des beanstandeten Schöffen bekundet hatten!) könne noch auf andere Weise denn als "Schlaf" gedeutet werden, schließe aber jedenfalls nicht aus, daß der Schöffe "gleich wieder munter geworden" sei, vielleicht sogar "gerade infolge des von ihm verursachten Geräuschs"[9] (!!!). Nur dann gelte anderes, wenn er "fortgesetzt, häufig oder wenigstens bald nacheinander Schnarchlaute von sich gegeben hätte", die über eine "kurze, nach Lage des Falles unerhebliche Zeitspanne" (?) hinausgegangen seien. -

Hinter diesem Musterbeispiel juristischer Tatsachenverdrehung[10] steckte, das läßt sich leicht erkennen, das Bestreben, um jeden Preis zu unterbinden, daß ein - oft langwieriges und kostspieliges - Verfahren lediglich wegen eines zeitweiligen "Abschaltens" einzelner Richter wieder aufgerollt werde. Dagegen sträubte man sich umso mehr, als es sich meist um Schöffen oder Geschworene handelte, um Laienrichter also, die ja "ohnehin nicht viel zu sagen haben." Mag aber die Zielsetzung des RG auch aus praktischen Gründen verständlich sein, so ist sie doch unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten keinesfalls haltbar. Ein gewisser Automatismus gehört nun einmal wesensmäßig zu den absoluten Revisionsgründen (s. auch unten S. 94). Er muß in Kauf genommen werden. Die Revision dem Berechtigten auf kaltem Wege deshalb zu beschneiden, weil im einzelnen Fall keine sachliche Änderung der Entscheidung zu erwarten ist, geht nicht an. Die Gerichte dürfen zwingende gesetzliche Anordnungen, die - aufs Ganze gesehen - ihren guten Sinn haben,

---

9) aaO S. 64 f.

10) Es ist schlechterdings unerfindlich, wie ein"schnarchender Ton anders denn als Schlafsymptom gedeutet werden könnte! Ablehnend zu dieser Entscheidung auch Eb. Schmidt Tl. I Nr. 356 Anm. 170.

nicht von Fall zu Fall eigenmächtig umgehen, weil sie das aus Gründen der Prozeßökonomie und um des Ansehens des Richterstandes willen (schlafende Richter!) für zweckmäßig halten.

In späteren Entscheidungen war das RG denn auch vorsichtiger. Eine offensichtliche Verbiegung der Tatsachen wie in RGSt 60, 63 ist nicht mehr vorgekommen. Dennoch läßt sich eine gewisse Tendenz zu einseitiger Sachverhaltswürdigung nicht übersehen.[11] Sie setzt sich nach dem Kriege fort,[12] und auch der BGH ist nicht ganz frei von ihr. Liest man sein Grundsatzurteil aus dem Jahre 1951,[13] dann kann man sich des Eindrucks nicht erwehren: äußerste Reserve gegenüber allem Beweisvorbringen der Revision, während freudig und gläubig jede Bekundung akzeptiert wird, die den angegriffenen Richter zu entlasten vermag.[14] - Kein Zufall ist es wohl, daß - soweit wenigstens aus den veröffentlichten Entscheidungen ersichtlich - bis heute keiner Revision, die mit dem "schlafenden Richter" operierte, wirklich Erfolg beschieden war!

III. 1. Ist nun eine lebensfremde Verharmlosung eindeutiger Schlafanzeichen keinesfalls zu billigen, so darf doch auf der anderen Seite nicht übersehen werden, daß erhebliche Beweisschwierigkeiten auftreten können. Hat ein Richter vorübergehend den Sitzungssaal verlassen, läßt sich gewöhnlich leicht belegen und kommt im übrigen auch kaum vor, ohne daß die Sitzung unterbrochen wird. Hat er geschlummert, wird er dagegen in der Regel abzustreiten versuchen. Man ist auf Indizien angewiesen, die schon recht eindeutig sein müssen.

---

11) Vgl. z.B. JW 31, 1094 (mit Anmerkung von „Ammelm"), 32, 2360 (mit kritischer Anm. von Heilberg); auch RG JW 30, 1104.

12) OLG Braunschweig NJW 47-48, 150.

13) BGHSt 2, 14

14) Auch Eb. Schmidt (Lb. II, 1964, Nr. 24 zu § 338 StPO) rügt diese Art der Tatsachenwürdigung als "sehr bedenklich". Nach Kohlrausch-Lange, 38. Aufl., Anm. II 2 zu § 338 StPO "beruht die weitherzige Rechtsprechung, wie sie vorstehend dargelegt wurde, wohl in Deutschland auf der Würde des Gerichts einer Überprüfung."

Schließen der Augen allein genügt nicht; das kann Angewohnheit sein oder auch zur Erhöhung der Konzentration dienen.[15] Nur einwandfreie Symptome gelten: ständiges Herabsinken des Kopfes, Schnarchen und dergl. mehr.[16]

Lassen sich solche in der Rechtsmittelinstanz nicht ausreichen nachweisen, so muß das zu Lasten desjenigen gehen, der das Rechtsmittel eingelegt hat. Auf diese Weise wird - was ganz in Ordnung ist - ein gewisser Druck auf die Parteien und ihre Anwälte ausgeübt. Eines verantwortungsbewußten Anwalts ist es auch kaum würdig, einem schlummernden Richter tatenlos zuzusehen und ihn sich für den Fall des Falles als Revisionsgrund "warmzuhalten". Er sollte vielmehr sofort, wenn er Anzeichen für ein Einnicken zu bemerken glaubt, den Vorsitzenden hierauf aufmerksam machen, damit eine Unterbrechung, notfalls eine Vertagung der Verhandlung angeordnet wird. Unterläßt er dies, dann muß er auch das Risiko tragen, später mit seinem Vorbringen mangels Nachweisbarkeit zu scheitern. -

2. Beweisschwierigkeiten setzen also natürliche Grenzen. Eine weitere Beschränkung könnte sich daraus ergeben, daß man wesentliche und unwesentliche Teile der Verhandlung unterscheidet und das Verschlafen eines unwesentlichen Teiles von vornherein als unbeachtlich erklärt.

Wissenschaft und Praxis haben eine solche Unterscheidung für § 338 Z. 5 StPO anerkannt. Bei Abwesenheit einer Person, deren Teilnahme an der Hauptverhandlung gesetzlich vorgeschrieben ist, billigen sie einen absoluten Revisionsgrund nur zu, wenn ein wesentlicher Teil der Hauptverhandlung versäumt wurde (meist ging es um Abwesenheit des notwendigen Verteidigers).[17] Als solche Teile wurden angesehen die Vernehmung des

---

15) Heilberg (Anm. zu RG JW 32/2888) berichtet von einem "sehr bekannten und bewährten ... Richter, der häufig lang mit geschlossenen Augen dasaß, ohne daß ihm ein Wort der Verhandlung entging."

16) Ähnlich Peters S. 443.

17) Vgl. Löwe-Rosenberg Bd. I Anm. 12 zu § 338 StPO, Klein-

Angeklagten, die Beweisaufnahme und die Urteilsverkündung,[18] als "unwesentliche" Verfahrensteile dagegen z.B. der Aufruf der Zeugen und Sachverständigen[19] und die Rechtsmittelbelehrung nach § 35a StPO.[20]

Ansätze, diese Unterscheidung auch bei dem absoluten Revisionsgrund der vorschriftswidrigen Besetzung,[21] speziell beim schlafenden Richter durchzuführen, sind in der Rechtsprechung vorhanden. In mehreren einschlägigen Entscheidungen wird sie angedeutet,[22] ohne daß allerdings für die eine oder die andere Gruppe von Verfahrensvorgängen konkrete Beispiele genannt werden (man wird annehmen können, daß die gleiche Zweiteilung wie bei § 338 Z. 5 StPO gemeint ist). -

Die Berechtigung, zumindest aber der Wert einer solchen Differenzierung ist jedoch zweifelhaft. Sie ist schon für § 338 Z. 5 StPO nicht unbestritten. Kern[23] weist mit Recht darauf hin, daß sie im Gesetz keine Stütze findet; keine Verfahrensordnung erwähnt sie. Das brauchte nun allerdings noch nicht zu hindern, sie aus dem Sinngehalt der absoluten Revi-

---

knecht-Müller Anm. 6 zu 338 StPO, auch Hippel S. 319. - Aus der Rechtsprechung des BGH vgl. zuletzt BGH NJW 61/740 f.

18) Löwe-Rosenberg Bd. I Anm. 12 zu § 338 StPO mit Rechtsprechungsnachweisen. - Neuerdings erkennt aber der BGH - in Abweichung von RG JW 38/1644 und in Übereinstimmung mit der krit. Anmerkung von Rilk zu jener Entscheidung - die Abwesenheit des Angeklagten während Verkündung der Urteilsgründe nicht mehr als absoluten Revisionsgrund an (NJW 61/419). Über Bedenken hiergegen s. unten S. 97 f.

19) RGSt 58/180

20) Kleinknecht-Müller Anm. 6 zu § 338 und 6 zu § 35a StPO.

21) Die abwesenden, also auch die schlafenden Richter unterfallen ja bereits diesem Tatbestand, nicht erst dem § 338 Z. 5!

22) RG JW 36/3473: Vorschriftswidrige Besetzung, wenn ein Schöffe während eines nicht unerheblichen Zeitraums fest geschlafen hat, so daß er "wesentlichen Vorgängen ... nicht mehr hat folgen können"; ebenso OLG Braunschweig NJW 47.48/150 und der BGH in BGHSt 2/15 f. und MDR 56/398. Vgl. auch HESt 3/71 f.

23) Strafverfahrensrecht S. 166.

sionsgründe zu folgern. Wenn es wirklich Verfahrensteile gibt, die auf die Entscheidung des Gerichts sachlich keinerlei Einfluß haben können, dann kann es auch nicht im Sinne des Gesetzes liegen, ihnen den umfassenden Schutz absoluter Revisibilität zu gewähren.

Aber es gibt diese "unwesentlichen" Verfahrensteile so gut wie nicht, zumindest lassen sie sich regelmäßig nicht auf praktikable, zuverlässige Weise von den "wesentlichen" Teilen trennen. Unmöglich kann man argumentieren wie das OLG Stuttgart,[24] das - auch noch für die Vernehmung des Angeklagten zur Sache - darauf abstellt, ob Wesentliches "zur Sprache gekommen" ist oder nicht. Eine derartige, ganz subjektiv gefärbte Beurteilung macht jede sichere Grenzziehung unmöglich. Oft wird, was der eine für nebensächlich hält, für den andern aus bestimmten Gründen von ganz besonderem Interesse sein!

Praktische Bedeutung hat angesichts der Forderung nach einer zuverlässigen Abgrenzung eigentlich nur der rein formelle, vorbereitende Aufruf der Zeugen und Sachverständigen.[25] Damit schrumpft aber der Wert der Unterscheidung für unser Problem des schlafenden Richters zusammen. Denn daß dieser gleich zu Beginn stattfindende Aufruf verschlafen wird, das dürfte so gut wie nie vorkommen.

Es zeigt sich somit, daß der Hinweis der oben Anm. 22 angeführten Entscheidungen, eine vorschriftswidrige Besetzung sei ohnehin nur beim Verschlafen "wesentlicher" Vorgänge anzunehmen, bei näherem Hinsehen eines echten, realen Hintergrundes entbehrt.[26]

---

24) DRZ 50/373

25) Ebenso Eb. Schmidt Tl. II Erl. 6 zu § 145 StPO, ähnlich Löwe-Rosenberg Bd. I Anm. 7c zu § 145 StPO

26) Gegen eine Differenzierung - jedenfalls für die Hauptverhandlung des Strafprozesses - auch Peters S. 443.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, daß auch ein in der mündlichen Verhandlung schlafender Richter vorschriftswidrige Besetzung des erkennenden Gerichts bewirkt, daß dabei eine Unterscheidung zwischen "wesentlichen" und "unwesentlichen" Abschnitten wertlos ist, daß die Rüge des schlafenden Richters nur Aussicht auf Erfolg hat, wenn einwandfreie Indizien vorliegen, daß sie aber, wenn das der Fall ist, auch wirklich durchgreifen muß und nicht - wozu auch heute noch eine Tendenz besteht - von den Revisionsgerichten durch lebensfremde Überspannung der Beweisanforderungen abgeschnitten werden darf. -

B. Ganz ähnliches wie für die schlafenden gilt für die geisteskranken Richter. Es kann keinen Unterschied machen, ob ein Richter durch zeitweiligen "gesunden" (!) Schlaf gehindert ist, dem Geschehen zu folgen, oder ob die geistige Abwesenheit sich über die ganze Verhandlung erstreckt und krankhafter Natur ist. Auch im letzteren Falle ist das Gericht vorschriftswidrig besetzt und seine Entscheidung der Anfechtung unterworfen.[27)]

Gewiß sind alle diese Fälle äußerst selten. Sie kommen aber dann vor, wenn die Erkrankung nicht rechtzeitig erkannt und der Richter sogleich in den Ruhestand versetzt wird. Hellwig[28)] berichtet z.B. den Fall eines LG-Direktors, der an progressiver Paralyse litt, dessen Spekulationsgeschäfte an der Börse für nichtig erklärt worden waren (vgl. §§ 105 I, 104 Z. 2 BGB) und der trotzdem anschließend noch bei Schwurgerichtsverhandlungen als Vorsitzender - sogar bei der Fällung von Todesurteilen! - mitgewirkt hatte. Auch das RG[29)] war einmal mit einem ähnlichen Fall befaßt: Einen

---

27) Ebenso Fb. Schmidt Tl. I Nr. 356 Anm. 170, Rosenberg S. 88.

28) MSchr. f. KrimPsych. Bd. XI/533.

29) JW 28/821

LG-Rat hatte man ertappt, wie er in einem Fleischerladen eine Wurst stehlen wollte(!). Die Staatsanwaltschaft erhob Anklage, worauf das Gericht des Hauptverfahrens ihn zur Beobachtung seines Geisteszustandes in eine psychiatrische Klinik einwies (vgl. § 81 StPO). Dort stellten die Ärzte fest, daß er den § 51 I StGB "hatte", u.z. schon einige Zeit vor jener Wurstaffäre, was seinen Kollegen anscheinend nicht aufgefallen war. Zu Recht hob das RG ein unter seiner Mitwirkung ergangenes Urteil auf, da es ein "unerträglicher Gedanke" sei, "wollte man jemand für dieselbe Zeit wegen Geisteskrankheit strafrechtlich unzurechnungsfähig und doch für fähig erklären, über strafbare Handlungen anderer zu Gericht zu sitzen."[30] -

Was die Beweissituation im Revisionsverfahren betrifft, so ergeben sich bei der Rüge, ein geisteskranker Richter habe mitgewirkt, weniger Schwierigkeiten als bei der Rüge, ein Richter habe während der Verhandlung geschlafen - selbst dann, wenn der geisteskranke Richter in der mündlichen Verhandlung einen ganz "normalen" Eindruck gemacht und niemand etwas Auffälliges bemerkt hat. Es handelt sich um eine fortwirkende, nicht auf die Zeit der mündlichen Verhandlung begrenzte Verhinderung. Die Gefahr des Beweisverlustes entfällt gewöhnlich. Außerdem sind die Revisionsgerichte gezwungen, medizinische Sachgutachten einzuholen, wenn solche nicht bereits vorliegen. Diesen Gutachten werden sie sich mangels eigener Sachkunde regelmäßig anschließen müssen. Für ein Herumdeuteln an einzelnen Beweissymptomen bis hin zur glatten Tatsachenverdrehung (s. oben S. 67 f.) ist kein Raum. Darin liegt gegenüber der Gruppe der schlafenden Richter für die Praxis der wichtigste Unterschied.

§ 10. Blinde Richter und verwandte Fälle

A. Blinde Richter sind eine seltene Ausnahmeerscheinung. Die Justizverwaltungen nehmen darauf Bedacht, sie zumindest als Tatrichter nach Möglichkeit nicht einzusetzen. Dennoch finden sie vereinzelt als solche Verwendung. Verstärkt zurückgegriffen wurde auf sie nach dem 2. Weltkrieg, wie eine Reihe

30) Als einen weiteren Fall vgl. OLG Rostock HRR 33 Nr. 11).

einschlägiger, höchstrichterlicher Entscheidungen beweist. Die vielen Kriegsblinden einerseits, der Mangel an geeigneten, politisch unbelasteten Richterkräften andererseits - das mag wohl der Hauptgrund hierfür gewesen sein.

Erneut stellte sich die - vom RG[1] im Grundsatz bejahte - Frage, ob die Mitwirkung solcher Richter an Spruchsitzungen überhaupt zulässig sei, und wenn ja, ob dies ausnahmslos oder nur mit Einschränkungen zu gelten habe. Ist es nicht wesensmäßige Voraussetzung jeder Richtertätigkeit, daß der Richter nicht mit dem Verstand allein, sondern sehend-verstehend das Geschehen erfaßt, das in der mündlichen Verhandlung vor ihm abrollt? -

I. Ein Gebot der "Sichtbarkeit" ist - ungleich jenem der Mündlichkeit - nirgends ausgesprochen. Die Binde der Justitia darf jedoch nicht dazu verleiten, es abzulehnen. Sie hat eine andere, symbolische Bedeutung. Ausgangspunkt aller Betrachtung muß der Grundsatz der Unmittelbarkeit sein, der gebietet, daß das Tatgericht auf Grund des Eindrucks erkennt, den es aus dem "Inbegriff" der Verhandlung (vgl. § 261 StPO) gewinnt.

Zu diesem "Inbegriff" gehört auch, was das Auge sieht, im Strafprozeß stärker noch als in allen anderen Verfahren. Anfänglich hatte denn auch das RG, genauer sein 1. Strafsenat,[2] erklärt, da vorschriftsmäßige Besetzung des erkennenden Gerichts die Fähigkeit aller Richter voraussetze, die Vorgänge in der Hauptverhandlung wahrzunehmen, könnten Blinde (und Taube) das Amt des Richters nicht ausüben. - Diese nur beiläufige Bemerkung (zur Entscheidung standen die schlafenden Richter) wurde aber später revidiert. Der 8. Zivilsenat[3] stellte auf den Einzelfall ab. Nur wenn die optischen Eindrücke der mündlichen Verhandlung für die Urteilsfällung eine entscheidende Rolle spielten, sei die Mitwirkung eines blinden Richters vorschriftswidrig.

---

1) RGZ 124/153
2) RGSt 60/64
3) RGZ 124/153 (154)

Diese Auffassung wurde vom BGH - jedenfalls für das Strafverfahren - übernommen und dahin präzisiert, daß die Mitwirkung eines erblindeten Richters als Beisitzer[4] nur dann zur vorschriftswidrigen Besetzung führe, wenn es zur Einnahme eines Augenscheins komme.[5] Nur dann seien die optischen Wahrnehmungen ebenso bedeutsam wie das - üblicherweise im Vordergrund stehende - gesprochene Wort, nur dann sei fehlendes Augenlicht gleichbedeutend mit fehlender Verhandlungsfähigkeit. Unter "Augenschein" wird dabei nicht nur der förmlich angeordnete, sondern auch der "faktische" Augenschein verstanden.[6] Er wird gegenübergestellt den "auch sonst nur mit den Augen wahrnehmbaren Umständen", wie es z.B. der "äußere Eindruck, das Erbleichen oder Erröten, das Mienenspiel oder die Gebärden eines Angeklagten oder Zeugen" darstellten, die "nur Gegenstand vom Tatrichter nicht aufgesuchter Wahrnehmungen und Eindrücke"seien.[7]

II. So menschlich ansprechend dieser Standpunkt sein mag - rechtlich läßt er sich m.E. nicht halten. Zunächst soll dies für die Hauptverhandlung des Strafverfahrens begründet werden. Zum Inbegriff der Hauptverhandlung gehört nicht nur, was ein möglicherweise eingenommener (förmlicher oder faktischer) Augenschein zutage gefördert hat, sondern das optische Gesamtbild,[8] das sich aus vielen, belanglos oft nur scheinenden und im Detail oft unwägbaren Einzelbildern zusammensetzt.

---

4) Daß Blinde Richter nie als Vorsitzende und ebensowenig als erkennende Einzelrichter fungieren können, ist unstreitig.

5) BGHSt 4/191 (194), bestätigt durch BGHSt 5/354. Diesen für das Strafverfahren [illegible] gesprochenen Satz hat das OLG Frankfurt (NJW 54/368) auch auf das Beschwerdeverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (§§ 19 ff. FGG) übertragen.

6) Daß zwischen beiden kein Unterschied gemacht werden könne, hat besonders klar das OLG Hamm (VRS Bd. 11/223 f.) herausgearbeitet; aber auch der BGH geht ersichtlich von diesem umfassenderen Begriff aus.

7) BGHSt 5/356 im Anschluß an RGSt 39/304.

8) Hierauf weist namentlich Wimmer hin (Anm. zu BGHSt 4/191 in JZ 53/672); ihm schließt sich auch Siegert, NJW 57/1622 an; ebenso Schorn, JR 54/299 und Laienrichter S. 16; gegen den BGH auch Kern, GVR S. 71, Eb. Schmidt Tl. II Erl. 14 zu § 338 StPO und Tl. I Nr. 356 Anm. 170, sowie Schwarz Anm. 2 A a)

Eine gerechte Beurteilung der Straftat hängt mit dem äußeren Eindruck des Täters, mit seinem Auftreten, auch mit dem Auftreten der Zeugen vor Gericht aufs engste zusammen.

Alle diese Sinneswahrnehmung entgehen aber dem blinden Richter. Gewiß mag er - worauf immer wieder hingewiesen wird - in der Lage sein, den fehlenden Gesichtssinn durch Schärfung anderer Sinne bis zu einem gewissen Grade auszugleichen, namentlich auch durch eine Verfeinerung des Gehörs.[9] Ob das aber im einzelnen Fall zutrifft, ist eine andere Frage, die unmöglich immer gesondert geprüft werden kann (im übrigen vermag ja auch das feinste Gehör das Auge nicht völlig zu ersetzen). - Gewiß auch mag der optische Eindruck gelegentlich in die Irre führen und der Blick durch Kleinigkeiten abgelenkt werden, die den Blinden nicht belasten. Aber auch dies ist nur ein schwaches, hypothetisches Argument; das Auge des geschulten Richters ist in der Regel ein sehr zuverlässiger Wertmesser, wichtige Dinge werden ihm nur selten entgehen.- Vollends nicht stichhaltig ist der Einwand, es gebe genügend Richter, die weit weniger qualifiziert seien als ihr nur durch das Fehlen des Augenlichts gehandicapter Kollege, und dennoch bestehe gegen sie keine revisionsrechtliche Handhabe. Auf solche personellen Befähigungsunterschiede des Einzelfalls kann es nicht ankommen. Nicht von den Ausnahmen, sondern von der Regel her muß argumentiert werden, und hier gilt nun einmal: Wer nur hört und nicht auch sieht, hat die geringere Chance, der Wahrheit auf den Grund zu kommen, was dem Bestreben der Strafrechtspflege, alle menschlichen Erkenntnismöglichkeiten einzusetzen, nicht entspricht. -

Ein weiteres ist zu beachten: Nach Auffassung des BGH braucht die Unmittelbarkeit, um die es ja letzten Endes geht, "nicht

---

zu § 338 StPO. - Gleicher Auffassung wie der BGH dagegen Geier, Anm. zu BGHSt 4/191 bei LM (St) Nr. 9 zu § 338 Z. 1 StPO, wohl auch Gage-Barstedt S. 103 Anm. 543.

9) Der in diesem Zusammenhang zu lesende Hinweis auf sein oft auch überdurchschnittliches Gedächtnis geht allerdings weitgehend fehl. Die rein gedankliche Fähigkeit der Erinnerung an zurückliegende Dinge hat mit der Fähigkeit gegenwärtiger sinnlicher Wahrnehmung kaum etwas zu tun.

für jede kleinste Einzelheit gegenüber jedem einzelnen Richter tatsächlich gegeben zu sein. Es genügt, daß sie gegenüber dem Gericht als ganzem besteht, wobei vorausgesetzt werden kann und muß, daß die Wahrnehmungen der verschiedenen Richter in der Beratung zusammengetragen werden."[10] - Dies ist - für sich besehen - gewiß richtig; das Kollegialgericht ist keine rein zahlenmäßige Ansammlung voneinander isolierter Einzelrichter, sondern ein Gremium, das auf der Grundlage gegenseitigen Austausches und gegenseitiger Ergänzung der Tatsachenbeobachtungen aller zu einer möglichst richtigen und gerechten Beurteilung kommen soll. Dieses "Geben und Nehmen" muß jedoch - wenigstens abstrakt - wirklich ein gegenseitiges und gleichmäßiges sein können. Beim blinden Richter aber ist das nicht mehr der Fall; er ist, was die optischen Vorgänge betrifft, stets der einseitig Nehmende. Das wird vom Grundsatz der Unmittelbarkeit nicht mehr gedeckt, sondern ist prozeßrechtswidrige Hilfeleistung seitens Dritter!

Schließlich noch ein Bedenken, das ähnlich schon bei den schlafenden Richtern vorgebracht wurde. Die Unterscheidung in "wesentliche" und "unwesentliche" Verhandlungsteile wurde dort als praktisch undurchführbar abgelehnt (oben S. 69 ff.). Gleiches muß für die blinden Richter gelten. Die Teilung in Augenscheinseinnahmen einerseits und vom Richter "nicht aufgesuchte" Wahrnehmungen und Eindrücke andererseits, wie sie der BGH vornimmt, ermöglicht nur scheinbar eine klare Grenzziehung. Sie unterstellt, daß die im Rahmen eines Augenscheins getroffenen Beobachtungen für die Wahrheitsfindung wichtig, alle anderen aber nicht wichtig sind. Gerade die "nicht aufgesuchten" Reaktionen eines Angeklagten oder Zeugen können aber viel aufschlußreicher sein als die Wahrnehmungen im Rahmen eines Augenscheins. Die Einnahme eines Augenscheins ist nicht mehr als ein Indiz für die Wichtigkeit optischer Vorgänge. Wollte man wirklich verläßlich trennen, dann müßten alle optischen Einzelheiten, gleichgültig ob innerhalb oder außerhalb eines Augenscheins, auf ihre "Wichtigkeit" für die Urteilsfällung geprüft

---

10) BGHSt 5/357

werden, was eben praktisch nicht möglich ist.[11] -

Nur am Rande sei erwähnt, daß das schematische Abstellen auf Augenschein oder nicht Augenschein auch eine Handhabe für Richterentziehungen bilden könnte: Mit der - schwer widerlegbaren - Begründung, ein Augenschein werde wahrscheinlich erforderlich, könnte der geschäftsplanmäßig vorgesehene, aber unerwünschte blinde Richter von einzelnen Sitzungen ferngehalten werden! - Auch die umgekehrte Situation würde wenig erfreuliche Perspektiven eröffnen: Käme der blinde Richter zum Einsatz, da voraussichtlich kein Augenschein notwendig ist, würde ein solcher aber - wider Erwarten - doch unumgänglich, dann müßte der Richter ausscheiden und die ganze Verhandlung wiederholt werden! -

Alle diese Erwägungen führen zu dem Schluß, daß die Mitwirkung eines blinden Beisitzers als Tatrichter im Strafverfahren - von dem in Anm. 11 erwähnten seltenen Ausnahmefall abgesehen - stets unzulässig ist. Der gegenteilige Standpunkt läßt sich mit dem Grundsatz der persönlichen, unmittelbaren Überzeugungsbildung nicht vereinbaren.

III. Was für das Strafverfahren gilt, das muß im Grundsatz auch für die sonstigen Verfahrensarten gelten. Gewiß - oft geht es dort um die Klärung von Rechten und Ansprüchen, die von jedwedem persönlichen Eindruck der Beteiligten auf das Gericht losgelöst sind. Kläger und Beklagter treten garnicht in Erscheinung, sondern überlassen die Prozeßführung ihren Anwälten, die die Schriftsätze ausarbeiten und in der mündlichen Verhandlung die erforderlichen Anträge stellen.

---

11) Eine einzige Ausnahme läßt sich denken, wo die Mitwirkung eines blinden Beisitzers mit Sicherheit (hierauf kommt es ja an!) unschädlich ist: Eine Hauptverhandlung, die zulässigerweise in Abwesenheit des Angeklagten durchgeführt wird (vgl. §§ 232, 233 StPO), in der auch keine Zeugen und Sachverständigen auftreten und bei der die Einnahme eines Augenscheins unterbleibt. - Solche Fälle sind aber so selten, daß sie keine grundsätzlich andere Beurteilung zulassen.

Aber häufig erscheinen doch auch die Parteien selbst vor Gericht,[12] noch häufiger kommt es zu Zeugenvernehmungen. Man denke z.B. Ehescheidungsprozesse (Motto: Vor Gericht, da sehen wir uns wieder!), an eine Mietaufhebungsklage wegen "erheblicher Belästigung"des Vermieters (§ 2 Mieterschutzgesetz), worüber die Mitmieter aussagen sollen, an ein arbeitsgerichtliches Verfahren, in dem die Richter von den beiden Kampfhähnen - Arbeitnehmer und Arbeitgeber - einen persönlichen Eindruck gewinnen wollen. In allen diesen Fällen spielen die Verhaltensweisen, die Reaktionen der Beteiligten vor Gericht keine geringere Rolle als im Strafverfahren. Sie dürfen und müssen ebenso wie dort verwertet werden, gilt doch auch für die sonstigen Gerichtsbarkeiten durchweg, daß der Richter nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung zu entscheiden habe, was für wahr oder nicht für wahr zu erachten sei (vgl. etwa § 286 I ZPO, § 108 I VwGO, § 46 II ArbGG i.V.m. § 286 ZPO). Weder nach der Struktur der Verfahrensordnungen noch nach ihren praktischen Auswirkungen kann ein prinzipieller Unterschied gegenüber dem Strafverfahren anerkannt werden.

IV. Bedenkenlos ist die Verwendung eines blinden, erkennenden Richters nur, wenn er als reiner Revisionsrichter eingesetzt wird. Dann hat er es praktisch nur noch mit Rechtsfragen zu tun, die richtig zu entscheiden fehlendes Augenlicht nicht hinderlich, vielleicht sogar förderlich ist. Optische Eindrücke spielen in der Revisionsinstanz keine große Rolle. Im Strafverfahren insbesondere kann der Angeklagte zwar grundsätzlich erscheinen und sich äußern (vgl. § 350 II S. 1 StPO, Ausnahme jedoch in S. 2), er muß aber nicht erscheinen und fehlt auch fast immer. Zu einer Beweisaufnahme kann es darüber-

---

12) Parteivernehmungen i.e.S. (vgl. §§ 445 ff. ZPO) sind zwar nur ultima ratio jedes Beweisverfahrens und recht selten. Häufig ist aber die Anhörung einer Partei zur Aufklärung des Sachverhalts (§ 141 ZPO); sie ist hier der Parteivernehmung gleichzustellen, da sie ebenso wie diese optische Eindrücke vermitteln kann, die für die Urteilsfällung wichtig sind (oft lassen sich übrigens Vernehmung und Anhörung kaum auseinanderhalten). - Vgl. auch § 619 ZPO.

hinaus in allen Verfahrensarten nur kommen, wenn ein Verfahrensfehler gerügt wird. Selbst dann aber wird ein Augenschein (im weitesten Sinne) nur in den allerseltensten Fällen notwendig werden.

Wenn deshalb die Justizverwaltungsbehörden - selten genug! - schon nicht umhin kommen, blinde Juristen als erkennende Richter zu verwenden,[13] dann sollten sie diese, um allen Fährnissen aus dem Wege zu gehen, nur als Revisionsrichter, nicht als Tatrichter und schon garnicht als Tatrichter in der Strafrechtspflege einsetzen. -

B. I. Die Frage, ob kurzsichtige und farbenblinde Richter[14] verhandlungsfähig sind, ist nach dem Gesagten leicht zu beantworten.

Wie weit ein kurzsichtiger Richter noch scharf sehen kann, läßt sich feststellen. Reicht diese Sichtweite bei einem Augenschein, bei dem es - wie keineswegs bei jedem Augenschein! - auf das Erkennen von Details ankommt, trotz Zuhilfenahme einer starken Brille oder dergl. nicht aus und ist auch ein Näherrücken an das Augenscheinsobjekt nicht möglich, dann darf der Richter nicht mitwirken. Sonst aber bestehen keine Bedenken gegen sein Tätigwerden, auch nicht als Vorsitzender und als Einzelrichter.

Der farbenblinde Richter ist nur verhindert, wenn es (sehr selten!) auf die Wahrnehmung bestimmter Farben ankommt. Ob dies der Fall ist, läßt sich wohl immer eindeutig bejahen oder verneinen, im Gegensatz zu den sonstigen visuellen Wahrnehmungen,

---

13) Da der absolute Revisionsgrund vorschriftswidriger Besetzung nur für Urteile des erkennenden Gerichts in Betracht kommt, bestehen gegen die Verwendung nicht erkennender Richter (etwa als Vormundschaftsrichter, so beim Amtsgericht Stuttgart!) keine rechtlichen Bedenken (so auch Kern, GVR S. 71; vgl. weiter Schorn JR 54/298). Darüberhinaus ist eine Verwendung nicht als Richter, sondern z.B. als Staatsanwalt jederzeit zulässig und auch empfehlenswerter (dem Verf. ist ein fast völlig erblindeter, des Lesens normaler Schreibmaschinenschrift nicht mehr fähiger Oberstaatsanwalt bekannt, der sich wegen seiner gründlichen, sachlichen und umsichtigen Plädoyers hoher Wertschätzung erfreut).

14) Beide stellt Hellwig, MSchr. f. KrimPsych. Bd. XI/532 zur Diskussion.

wo eine verbindliche Grenzziehung zwischen "wichtig" und "unwichtig" regelmäßig nicht möglich ist (oben S. 77).

II. Zum tauben,[15] stummen oder gar taubstummen Richter brauchen keine Worte verloren zu werden. In einem "mündlichen" Verfahren ist ihre Verwendung begrifflich ausgeschlossen, auch wenn sie nur beisitzen wollten.[16]

Für schwerhörige Tatrichter, die immerhin gelegentlich in der Rechtspflege anzutreffen sind, gilt das über die kurzsichtigen Richter Gesagte sinngemäß.[17] Das akustische Gesamt-"Bild", das sich aus vielen Einzelheiten und Feinheiten zusammensetzt, ist nicht weniger wichtig als das optische; jeder Richter muß alles in der mündlichen Verhandlung Gesprochene lückenlos verstehen können![18]

Allerdings nur alles "Gesprochene", nicht Geschrieenes oder Gebrülltes! Das schließt nicht aus, von den Verfahrensbeteiligten besondere Rücksichtnahme auf die Schwierigkeiten des Richters zu fordern, sei es, daß sie näher zu ihm herantreten, sei es, daß sie besonders laut und deutlich sprechen. Beiden Möglichkeiten sind jedoch Schranken gesetzt. Die Breite des Richtertischs muß Mindestdistanz bleiben und die Lautstärke des gesprochenen Wortes findet ihre Grenze an einer Verhand-

---

15) "Taubheit" definiert der BGH - BGH LM (St) Nr. 1 zu § 259 StPO im Anschluß an RGSt 15/173 - dahin, daß "eine unmittelbare Verständigung durch das gesprochene Wort" nicht möglich ist, mag auch sonst noch Schallempfindlichkeit bestehen.

16) Vgl. Kern, GVR S. 71, Schorn, Laienrichter S. 16 mit weit. Nachw.

17) Über einen krassen Fall hatte einmal das RG zu entscheiden (RGSt 40/48, 51 f.): Wegen der - für ihn! - zu leisen Sprache einer Zeugin hatte ein schwerhöriger Geschworener "absolut nichts gehört und sich über ihre Bekundungen lediglich aus dem Berichte im Berliner Lokalanzeiger unterrichtet"! Kein Zweifel: das erkennende Gericht war vorschriftswidrig besetzt. Da das RG aber damals (1907!) noch der verfehlten These anhing, nur auf die körperliche Anwesenheit komme es an, während geistige Anwesenheit der Nachprüfung nicht zugänglich sei (s. oben S. 65 ff. und nachfolgend Anm. 21), hatte es der Revision nicht stattgegeben. - Als einen ähnlich (unrichtig) entschiedenen Fall von Schwerhörigkeit vgl. RG LZ 14. Jahrg. Sp. 804.

18) A.A. beiläufig der BGH (BGHSt 5/356) anläßlich einer Entscheidung zu den blinden Richtern.

lungsführung, die der Würde - sowohl des Gerichts als auch der sonstigen Verfahrensbeteiligten - Rechnung trägt. Dem BGH muß widersprochen werden, wenn er apodiktisch erklärt,[19] Schwerhörigkeit müsse hingenommen werden, auch wenn sie den Angeklagten oder die Zeugen in die Lage versetzen könne, sich "über peinlichste Dinge in größter Lautstärke zu äußern". Müßte es hierzu kommen, dann darf der schwerhörige Richter eben nicht verwendet werden![20]

III. Ebensowenig verhandlungsfähig sind schließlich Richter, die die deutsche Sprache nicht beherrschen. Nicht glauben möchte man, daß sie in einer geordneten Rechtspflege überhaupt auf den Richterstuhl gelangen können. Eine Entscheidung des RG[21] beweist aber, daß auch dies möglich ist, jedenfalls bei Schöffen und Geschworenen.[22]

Zwar ist Kenntnis der deutschen Sprache kein positiv-gesetzlicher Grund der Unfähigkeit zum Schöffen- und Geschworenendienst (vgl. § 32 GVG). Einer solchen Positivierung bedarf es aber auch nicht, ebensowenig wie etwa im Gesetz stehen muß, daß schlafende Richter nicht verhandlungsfähig sind. Ausreichend ist, daß § 184 GVG bestimmt: "Die Gerichtssprache ist deutsch." § 185 GVG, der die Zuziehung eines Dolmetschers dann vorsieht, wenn unter Beteiligung von Personen verhandelt wird, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind, führt zu keiner anderen Beurteilung. Richter können unmöglich zu diesem Personenkreis gerechnet werden! Mit ihren Funktionen wäre

---

19) aaO S. 358.

20) Unter dem Gesichtspunkt der Würde des Gerichts sollten auch stotternde oder sonst mit schwerwiegenden Sprachfehlern belastete Richter nicht eingesetzt werden. Vorschriftswidrig besetzt wäre das Gericht aber in solchen Fälle nicht, denn durch Sprachfehler allein wird - anders als bei hochgradiger Schwerhörigkeit - die (passive) Fähigkeit, den Vorgängen der Verhandlung zu folgen, nicht beeinträchtigt.

21) RGSt 30/399; vorschriftswidrige Besetzung wurde allerdings verneint, aber auch hier nur mit der heute als unrichtig erkannten Begründung, daß gesetzmäßige Berufung und körperliche Anwesenheit des Richters in der Verhandlung ausreichend seien, s. oben S. 81 Anm. 17.

22) Noch kurioser allerdings, wenn ein Schöffe glaubt, er sei der Angeklagte und als solcher verurteilt worden (so das KG in DJZ 31 Sp. 504, das selbstverständlich auf fehlerhafte Besetzung erkannte).

es unvereinbar, wenn sie überhaupt nur unter Assistenz eines Dolmetschers an einer deutschen Gerichtsverhandlung teilnehmen könnten!"[23]

2. Unterabschnitt

§ 11. Rechtliche Verhinderungsgründe

I. Die Eigenart der rechtlichen Verhinderungsgründe besteht darin, daß eine rein gedankliche Barriere gegen das Tätigwerden des Richters aufgerichtet ist. Zugrundeliegt in irgendeiner Form gewöhnlich ein Interessenkonflikt. Erwiesene oder befürchtete Befangenheit (im weitesten Sinne) gefährdet den Anspruch des Gerichtsunterworfenen auf das ihm nach Gesetz und Recht zustehende Urteil und verlangt Ersetzung des "verdächtigen" durch einen unverdächtigen Richter.[1]

Rechtliche Verhinderungsgründe sind weitaus seltener als die Verhinderungsgründe tatsächlicher Art. Die beiden wichtigsten: Ausschließung kraft Gesetzes und Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit wurden schon gestreift[2] und sollen wegen der zahlreichen Sonderprobleme, die ihre eingehende Regelung in den Verfahrensordnungen mit sich bringt, hier nicht näher behandelt werden (vgl. oben S.17).

II. Daß - wie bei Ausschließung und Ablehnung - der Tatbestand der rechtlichen Verhinderung gesetzlich umschrieben sein müßte, ist ebensowenig Voraussetzung wie bei tatsächlicher Verhinderung. Jede Unmöglichkeit, im einzelnen Falle als Rich-

---

23) Warum Löwe-Rosenberg Bd. II Anm. 2 zu § 185 GVG, Schwarz Anm. 1 zu § 185 GVG und Schorn, Laienrichter S. 47 diese selbstverständliche Überlegung nicht anstellen, sondern - sich gegenseitig zitierend - der Entscheidung des RG zustimmen, ist nicht recht verständlich.

1) Vgl. auch Henkel S. 151.

2) Oben S.33 f. ir Zusammenhang mit der Frage, wer für die Feststellung der Verhinderung zuständig ist.

ter tätig zu werden, stellt ja nach der herkömmlichen Definition (oben S. 15) eine "Verhinderung" dar.

Als Beispiel sei angeführt das Erscheinen eines als Zeuge geladenen Richters in der mündlichen Verhandlung, ohne daß es zu seiner an sich geplanten Vernehmung kommt. Ein Fall der Ausschließung kraft Gesetzes dadurch, daß der Richter "in der Sache als Zeuge vernommen ist" (vgl. z.B. § 22 Z. 5 StPO, § 41 Z. 5 ZPO, § 54 I, II VwGO), liegt nicht vor. Eine rechtliche Verhinderung ist mit dem BGH[3] gleichwohl anzunehmen, u.z. nicht etwa in Analogie zur Ausschließung kraft Gesetzes, sondern auf Grund des weitergehenden allgemeinen Rechtssatzes, daß niemand in ein und derselben Sache Richter und Zeuge zugleich sein kann.[4] "Zeuge" ist der als solcher geladene Richter bereits dann, wenn er sich in Zeugeneigenschaft vor Gericht einfindet. Nicht ob er tatsächlich aussagt, ist entscheidend, sondern ob er etwas Sachdienliches bekunden kann. Schon dies läßt ihn als einen über der Sache stehenden Richter ungeeignet und damit verhindert erscheinen, mag auch seine Vernehmung dann aus unvorhergesehenen Gründen unterbleiben[5] (in dem der BGH-Entscheidung zugrundeliegenden Falle hatten die Beteiligten allseitig auf eine Vernehmung verzichtet).

Voraussetzung für die Anerkennung als rechtliche Verhinderung und damit für die Hinzuziehung des Stellvertreters ist allerdings, daß der Richter wirklich als brauchbarer Zeuge in Frage kommt. Fehlen vernünftige Anhaltspunkte hierfür, dann ist er trotz seines Erscheinens in Zeugeneigenschaft nicht verhindert, das Gericht mit dem Stellvertreter vorschriftswidrig besetzt und weitergehend sogar der Verdacht einer gezielten Richterentziehung sehr naheliegend. Es gilt nichts anderes als

---

3) BGHSt 7/44 (46)

4) Vgl. Eb. Schmidt Tl. II Erl. 8 vor § 48 StPO, Löwe-Rosenberg Tl. I Erl. 10 vor § 48 StPO.

5) Zustimmend Eb. Schmidt Tl. III Erl. 13 zu § 66 GVG, Löwe-Rosenberg Bd. II Anm. 2b zu § 66 GVG, Kleinknecht-Müller Anm. 2a zu § 66 GVG.

für die bloße Benennung (d.i. der auf Vernehmung gerichtete Beweisantrag) eines Richters als Zeuge[6] und für seine bloße Ladung durch dritte, am Verfahren Beteiligte (im Strafprozeß denkbar, wenn statt des Gerichts die Staatsanwaltschaft die Ladung bewirkt, § 214 I S. 1 StPO, oder wenn der Angeklagte unmittelbar laden läßt, § 220 StPO[7]). Auch diese Tatbestände allein können noch keine rechtliche Verhinderung des Richters zustandebringen, hätten es doch sonst die Ladenden oder die Antragsteller in der Hand, jeden ihnen mißliebigen Richter ohne weiteres auszuschalten und letzten Endes das ganze Gericht aktionsunfähig zu machen. Nur wenn sich eine Vernehmung des Benannten oder Geladenen wirklich als notwendig erweist, kann er aus Rechtsgründen nicht mehr als Richter fungieren. -

III. Von Interesse ist im Rahmen der rechtlichen Verhinderung die Frage, ob ein Richter seine Mitwirkung mit der Begründung verweigern darf, daß er die zu treffende Entscheidung nicht mit seinem richterlichen Gewissen vereinbaren kann (vgl. Art. 4 I GG: Die Freiheit des Gewissens ist unverletzlich!). Die "zu treffende" Entscheidung, d.i. die Entscheidung, die er, will er sich ihr nicht überhaupt entziehen, nach Gesetz und Recht treffen muß, obwohl sie nicht seiner Überzeugung entspricht (Beispiel: er hält das anzuwendende Gesetz für ungerecht).

Zahlreiche Situationen sind vorstellbar, aus welchen der geschilderte Konflikt entstehen kann. Man denke etwa an die Fülle unmenschlicher, rechtsstaatswidriger Bestimmungen, die der Strafrichter des Dritten Reiches anzuwenden hatte. - Man versetze sich in die Lage des Geschworenen, der die Todesstrafe (vielleicht wieder einmal aktuell!) verabscheut und sie dennoch verhängen muß, da der Angeklagte des Mordes einwandfrei überführt ist.[8] - Man vergegenwärtige sich die -

---

6) Gegen ein Taktieren mit solchen Beweisanträgen - gewöhnlich aus Verschleppungsgründen - z.B. RG GA 59/126, BGHSt 7/330 = JZ 56/31 mit im Ergebnis zust. Anmerkung von Kleinknecht, weiter BGHSt 11/206.

7) Zum letzteren Fall vgl. RGSt 42/1.

8) Mit einem solchen Fall (Anerkennung als Verhinderung oder

alle Tage vorkommende - Situation des Kollegialrichters, der bei einer vorangegangenen Frage überstimmt wurde und dennoch gem. § 195 GVG bei der nächsten Frage die Abstimmung nicht verweigern darf, sich vielmehr - gegen seine Überzeugung - auf den Standpunkt der Mehrheit stellen und von dieser Grundlage aus stimmen muß.[9] Auch hieraus kann echter Gewissenszwang entspringen[10] - nicht immer wird sich jeder Richter mit dem Gedanken zu trösten vermögen, daß nun einmal nach demokratischen Spielregeln die Mehrheit auch die Vermutung der Richtigkeit für ihre Entscheidung habe. - Oder man denke an die heute für alle Verfahrenszweige vorgeschriebene Bindung der Unterinstanz an die Rechtsauffassung des Revisionsgerichts, wenn die Sache zur erneuten Entscheidung zurückverwiesen wird (vgl. z.B. § 358 I StPO, § 565 II ZPO, § 144 VI VwGO, § 72 III ArbGG, § 170 IV SGG, § 296 IV AO).[11] Wird sich jeder Richter jederzeit damit abfinden, daß nun einmal der höheren Instanz auch die höhere Weisheit innewohne?[12] (Gleiches gilt für sonstige Bindungswirkungen, so etwa für die Verbindlichkeit der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, vgl. § 31 I BVerfGG.)

---

nicht?) hatte sich einmal das Preußische Obertribunal - GA 1/351 f. (1853) - zu beschäftigen. Beachte in diesem Zusammenhang die in einzelnen Staaten der USA übliche Praxis: Jeder Geschworene wird vor Beginn der Verhandlung gefragt, ob er gegen die Todesstrafe sei. Bejahendenfalls wird er nur zugelassen gegen die Versicherung, er werde dessenungeachtet seine Pflichten als Geschworener nicht verletzen.

9) H.M., vgl. Kern, GVR S. 144, Eb. Schmidt Tl. III Erl. 1 zu § 195 GVG mit weit. Nachw., Seibert MDR 57/597 mit anschaulicher Darstellung der Konflikte, die sich ergeben können, Kohlhaas NJW 53/401 (402 f.).

10) Schon 1859, zwei Jahrzehnte vor Inkrafttreten des GVG, hat Abegg, GA 7/145 ff., insbes. S. 146, 149 auf die mit einer solchen Regelung verbundene Gefahr schwerer Gewissenskonflikte aufmerksam gemacht.

11) Dazu BVerfG 4/5: "Im deutschen Verfahrensrecht besteht der Grundsatz, daß der Spruch der Rechtsinstanz ... die Vorinstanz im Falle der Zurückverweisung bindet, soweit die von der Rechtsinstanz im ersten Rechtsgange gegebene Beurteilung des Sachverhalts reicht."

12) Im Reichstag, der diese Bindung 1877 allgemein für die ordentliche Gerichtsbarkeit zum Gesetz erhob, war denn auch von "sklavischem Gehorsam", von einer "Verletzung der Würde"

Die Beispiele ließen sich noch vermehren.[13] Wäre es angesichts solcher und ähnlicher Zwangslagen nicht wirklich das einfachste, dem bedrängten Richter die Möglichkeit zu geben, daß er sich aus Gewissensgründen für verhindert erklärt, aus dem Verfahren ausscheidet, durch seinen jeweiligen Stellvertreter ersetzt wird und erst in der darauffolgenden Sache wieder mitwirkt?

In der Tat hat Peters[14] diesen Weg empfohlen, zumindest für die Fälle der Bindung des Unterrichters an die revisionsgerichtliche Rechtsauffassung. Nach seiner Ansicht "entspricht es der Stellung des Richters", ihm die Möglichkeit des Ausscheidens zu eröffnen, "gegebenenfalls in entsprechender Anwendung der §§ 24 II, 30 StPO" (Selbstablehnung des ausgeschlossenen oder befangenen Richters). Ähnliches schlägt er auch für die sich möglicherweise aus § 195 GVG (Überstimmung) ergebende Zwangslage vor,[15] eine Vorschrift, deren ausschließliche Geltung "mit Rücksicht auf die Gewissensfreiheit ..... durchaus zweifelhaft" sei.

Gleichwohl kann dieser Ansicht nicht zugestimmt werden. Gewiß sind die Bedenken Peters' ernst zu nehmen. Aber die geltenden Bestimmungen sind eindeutig. Nirgends wird in den Verfahrensordnungen die Möglichkeit des Ausscheidens bei Gewis-

---

der unteren Gerichte die Rede (Nachweise bei Peters S. 93), und vorher schon hatte Arnold, GS 10. Jahrg. S. 102 einmal zu dieser Frage geschrieben: "Die Richter, an welche die Sache verwiesen ist, müssen ihre Ansicht unabhängig von anderer Meinung aussprechen. Wer von dieser Pflicht, die zugleich ein Recht ist, abweicht, verletzt seinen Eid, belästigt sein Gewissen und handelt wider die Würde seines Amtes und wider seine Ehre: er täuscht in unwürdiger Weise vor, wenner als seine Überzeugung und als sein Urteil ausspricht, was nicht seine Ansicht, sondern knechtisches Nachbeten anderer Ansicht ist ...". - Weiter zu dieser Frage Graf zu Dohna (S. 195): Die Bindungswirkung sei zwar eine "notwendige Konsequenz der Einrichtung des Instanzenzugs", bedeute aber einen "starken Eingriff in die Freiheit der richterlichen Überzeugung". Ähnlich Nikisch S. 499. Vgl. auch Eb. Schmidt Tl. I Nr. 421a, Tl. II Erl. 8 zu § 358.

13) Weitere Beispiele bei Kern, GVR S. 84 und bei Eb. Schmidt Tl. I Nr. 421a.

14) S. 93

15) S. 379

senskonflikt auch nur angedeutet. Die Vorschriften über Ausschließung und Ablehnung, die als einzige in eine ähnliche Richtung weisen (Selbstablehnung!), regeln doch nur zwei ganz speziell strukturierte Tatbestände und diese zudem noch so detailliert, daß jede Analogie außer Betracht bleiben muß. - Das gilt nicht nur für die beiden von Peters angeführten Fälle (Bindungswirkung, Überstimmung), sondern muß, da die Problematik überall die gleiche ist, für jeden Gewissenskonflikt gelten, gleich welchen Ursprungs.

Auch de lege ferenda würde sich die Anerkennung solcher Konfliktslagen als ad-hoc-Verhinderungsgründe nicht empfehlen. Sie wäre nicht praktikabel. Jede Gewissensentscheidung ist ja letztlich eine höchstpersönliche Entscheidung, deren verbindliche Nachprüfung durch Dritte, wie sie bei Ausschließung und Ablehnung regelmäßig durch die Mitrichter, in den sonstigen Verhinderungsfällen durch den Präsidenten erfolgt, nicht angängig wäre, jedenfalls in allen Grenzfällen nicht. Es müßte dem Richter schon in weitem Maße selbst überlassen bleiben, was er mit seinem Gewissen vereinbaren kann und was nicht. Damit käme aber große Unsicherheit in die Besetzung der Gerichte. Zumindest die Gefahr einer aus Überstimmung resultierenden Konfliktslage ist ja fast jedem vor einem Kollegialgericht stattfindenden Verfahren immanent! Zudem - wer garantiert, daß nicht der regelmäßige Vertreter des ausgeschiedenen Richters zu eben dergleichen Auffassung kommt wie jener, daß sich dies beim zeitweiligen Vertreter wiederholt, daß letzten Endes Lahmlegung des Gerichts und Justizverweigerung die Folge wäre, was ja gerade eine Bestimmung wie etwa § 195 GVG verhindern will? - Nur angedeutet werden soll die Gefahr des Mißbrauchs durch bloßes Vortäuschen einer seelischen Zwangslage, etwa weil der Richter sich drücken will oder sogar weil ein direkter, gezielter Richtertausch manipuliert werden soll. -

Der Gewissenskonflikt kann also weder nach geltendem Recht als ein ad hoc zum Ausscheiden ermächtigender Verhinderungsgrund anerkannt werden[16] noch kann künftigen Regelungen, die

---

16) So auch Kleinknecht-Müller speziell für § [illegible] StPO (Anm.4c).

dies einführen wollten, das Wort geredet werden. Dennoch heißt das nicht, daß für den bedrängten Richter die in Art. 4 GG garantierte Gewissensfreiheit Schall und Rauch wäre. Eine Möglichkeit hat er noch, vor sich selbst und der Umwelt als "Mann von Charakter"[17] zu bestehen: Niemand kann ihn hindern, sein Amt niederzulegen und den Dienst zu quittieren.[18] Allerdings ist dies ein Schritt von solcher Folgenschwere - jedenfalls für den Berufsrichter[19] -, daß er in aller Regel doch nicht gegangen wird und daher nur geringe reale Bedeutung hat. Doch damit wird man sich abfinden müssen. Es lassen sich nun einmal Interessenkonflikte (hier: uneingeschränkte richterliche Gewissensfreiheit einerseits, Praktikabilität der Rechtspflege andererseits) nicht anders als durch Kompromisse lösen.[20] -

Eine gewisse Milderung - dies soll nicht unerwähnt bleiben - ließe sich immerhin dadurch erreichen, daß die dem deutschen Gerichtsverfassungsrecht noch recht fremde Möglichkeit des Richters ausgebaut wird, seine abweichende Meinung in einem sog. Sondervotum niederzulegen. Könnte er sich dadurch auch nicht entlasten (seine verantwortliche Teilnahme an der Entscheidung des Kollegiums bleibt bestehen!) -, Erleichterung von seinen Gewissensnöten wäre ihm doch sicherlich verschafft. Auf die vielfältigen mit einem solchen Votum zusammenhängenden Fragen aber, namentlich auch darauf, ob das Votum geheimbleiben oder ob es veröffentlicht werden soll (für den bedrängten Richter noch vorteilhafter!), kann hier nicht weiter eingegangen werden.[21]

---

17) Arnold aaO S. 100.

18) Auch Eb. Schmidt Tl. I Nr. 421a sieht hierin den einzigen Ausweg.

19) Die Laienrichter haben es wesentlich leichter: Nicht Verdienst und Karriere stehen für sie auf dem Spiel, sondern allenfalls, da sie sich ihren Obliegenheiten "ohne genügende Entschuldigung" entziehen, eine Ordnungsstrafe in Geld (vgl. §§ 56 I, 84 GVG).

20) Vgl. hierzu neuerdings auch die eindrucksvolle Abhandlung von Welzel, Gesetz und Gewissen, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Bd. 1 S. 383 ff. (S. 400: "Ein Gesetz, das seine Geltung von der Gewissensbilligung des einzelnen abhängig ma-

2. Teil. Die Bedeutung der Richterverhinderung für das Verfahrens- und Verfassungsrecht

Unter doppeltem Aspekt kann die Frage: Richterverhinderung oder nicht? verfahrens- und verfassungsrechtlich von Bedeutung werden. Es ist einmal möglich, daß ein im konkreten Fall verhinderter Richter trotzdem bei der Entscheidung mitgewirkt hat (Beispiel: blinder Tatrichter). Es ist umgekehrt möglich, daß ein Vertretungsrichter mitgewirkt hat, obgleich der vertretene Richter nicht verhindert oder die Verhinderung nicht mehr eine bloß vorübergehende, sondern eine dauernde war (auch dann ist Vertretung unzulässig, oben § 4).

Im ersten Falle - Mitwirkung trotz Verhinderung - hätte der Richter vertreten werden müssen, im umgekehrten Fall hätte er nicht vertreten werden dürfen. Jeweils also hat ein nach Gesetz und Geschäftsverteilungsplan nicht berufener Richter Recht gesprochen. Der durch die Entscheidung Betroffene, wenn er mit ihr nicht einverstanden ist, wird leicht geneigt sein, einen Zusammenhang zwischen der fehlerhaften Besetzung und dem Entscheidungsergebnis zu sehen. Er wird deshalb eine Anfechtung erwägen. Es fragt sich, welche Mittel und Wege ihm dafür zu Gebote stehen. Davon soll im Folgenden gehandelt werden, wobei zunächst einzugehen ist auf die Anfechtungsmög-

---

chen wollte, wäre kein Gesetz mehr; es erhöbe den Subjektivismus zum Prinzip ....").

21) Vgl. dazu schon Hahn, Materialien zum GVG S. 361 ff. über den hochinteressanten Streit der Meinungen in der Reichstagskommission bei Beratung des Entwurfs zum GVG, wo im wesentlichen schon alle für und gegen ein Separatvotum sprechenden Gesichtspunkte erörtert wurden; weiter Kern, GVR S. 116, 145, 204, Löwe-Rosenberg Bd. II Anm. 5 zu § 194 GVG, Kleinknecht-Müller Anm. 1 zu § 260 StPO, Schmidt-Räntsch JZ 58/335, Seibert MDR 57/597 (skeptisch), Kohlhaas NJW 53/404, Nadelmann DRiZ 58/37 (vor allem rechtsvergleichend) und eine interessante Entscheidung des Bremer Staatsgerichtshofs in NJW 57/666 mit der Glosse "Abstimmungsgeheimnis?" (S. 659).

lichkeiten , die im Rahmen des "Rechtswegs" gegeben sind (im Rahmen des Strafverfahrens, des Verfahrens vor den Zivilgerichten usw.) und anschließend dann auf die Verfassungsbeschwerde wegen Entziehung des gesetzlichen Richters, über die grundsätzlich erst nach Erschöpfung des Rechtswegs entschieden werden kann.

§ 12. Richterverhinderung und Strafverfahren

Das Gebot, daß nur der nach Gesetz und Geschäftsverteilungsplan generell von vornherein berufene Richter, der "gesetzliche Richter" entscheiden darf, gilt nicht allein für die - meist auf Grund einer Hauptverhandlung und in Urteilsform ergehenden - prozeßerledigenden Entscheidungen. Es hat Bedeutung für jede Entscheidung jedes Richters, mag sie als Urteil, als Beschluß, als Verfügung ergehen, mag sie der erkennende Richter, der Ermittlungsrichter, der Untersuchungsrichter treffen.[1] Stets kann die Tatsache, daß ein Richter trotz Verhinderung entschieden oder umgekehrt der Vertreter eines nicht verhinderten Richters entschieden hat, eine Rolle spielen.

Gewöhnlich stehen dem Beschuldigten, dem Angeschuldigten, Angeklagten oder Verurteilten (je nach Stadium des Verfahrens) für die"Verhinderungrüge", wie sie im Folgenden der Einfachheit halber genannt werden soll, Rechtsbehelfe zur Verfügung, mit denen sich eine Korrektur des Verfahrensfehlers erreichen läßt.

A. Im Rahmen der Berufung (§§ 312 ff. StPO, zulässig gegen die Urteile des Amtsrichters mit den Ausnahmen des § 313 StPO und gegen alle Schöffengerichtsurteile) hat die Rüge nur begrenzte selbständige Bedeutung. Eine Berufungsbegründung ist nicht vorgeschrieben (vgl. § 317 StPO). Hat deshalb wegen falscher Würdigung eines Verhinderungstatbestandes ein "falscher" Amtsrichter oder Schöffe entschieden und glaubt der Verurteilte, dies habe sich auch sachlich zu seinen Ungunsten ausge-

---

1) Schorn, Präsidialverfassung S. 16 f.; vgl. auch BVerfG 4/412 (417) zur Richterentziehung bei Bestimmung des Termins zur Hauptverhandlung.

wirkt, so kann er bei Einlegung der Berufung auf den Verstoß hinweisen, er braucht es aber nicht. Die bloße Einlegung genügt, die Strafkammer geht dann eben mangels weiterer Erklärung davon aus, daß das Urteil in seinem ganzen Umfang angefochten sein soll.[2] Sie führt eine nochmalige umfassende Neuprüfung durch, die die Sache in jeder rechtlichen und tatsächlichen Beziehung ergreift.[3]

Nur für Schöffengerichtsurteile kann dabei die Tatsache, daß aus falsch beurteilten Verhinderungsgründen ein nicht berufener Richter mitgewirkt hat, eine eigene Wirkung entfalten. Es liegt dann nämlich ein Verfahrensmangel vor, der die Revision begründen würde (vgl. § 338 Z. 1 StPO i.V.m. § 22b GVG und dem Geschäftsverteilungsplan für die Amtsrichter, i.V.m. § 49 GVG und der Schöffenliste für die Schöffen). Das setzt die Strafkammer in die Lage, die Sache - entgegen der Regel des § 328 I StPO - gem. § 328 II an das Schöffengericht zurückzuverweisen.[4]

Hat die Strafkammer dagegen ein Einzelrichterurteil nachzuprüfen und stellt sie hier fest, daß nicht der an sich berufene Amtsrichter entschieden hat, dann kann sie nicht um deswillen zurückverweisen. Ein die Revision begründender Verfahrensmangel liegt nicht vor, wie sich aus § 22d GVG ergibt, wonach die Gültigkeit der Handlung eines Amtsrichters nicht dadurch berührt wird, daß die Handlung nach der Geschäftsverteilung von einem anderen Richter wahrzunehmen gewesen wäre.

---

2) Eb. Schmidt Tl. II Erl. 1 zu § 317 StPO.

3) Verschiedentlich wird die Berufungsinstanz auch als "zweite Erstinstanz" charakterisiert (z.B. Kern, Strafverfahren S.205).

4) Voraussetzung für die Zurückverweisung ist allerdings, daß das Schöffengerichtsurteil auf der vorschriftswidrigen Besetzung beruht (h.M., vgl. Eb. Schmidt Tl. II Erl. 12 zu § 328 StPO) oder genauer, da es sich um einen prozessualen Fehler handelt, daß es hierauf beruhen kann (die bloße Möglichkeit reicht aus, da sich bei verfahrensrechtlichen Verstößen nicht sicher nachträglich konstruieren läßt, wie das Verfahren ohne den Verstoß voraussichtlich abgelaufen wäre, vgl. Erbs Anm. XI B zu § 337 StPO, auch Henkel S. 434). Das ist aber bei vorschriftswidriger Besetzung regelmäßig anzunehmen, wie auch ihre Bewertung als absoluter Revisionsgrund zeigt.

Es müssen also hier zu der bloßen Tatsache, daß ein nicht berufener Einzelrichter entschieden hat, weitere Mängel hinzukommen, soll die Berufung nicht als unbegründet verworfen werden.[5]

B. Noch weniger als bei der Berufung, wo die Verhinderungsrüge immerhin für die Frage der Zurückverweisung die erwähnte eigene Wirkung entfalten kann, kommt ihr für die Beschwerde selbständige Bedeutung zu. Wie die Berufung braucht auch die Beschwerde, die gegen die Beschlüsse der ersten Instanz und der Berufungsinstanz und gegen Verfügungen in weitem Umfange zulässig ist (vgl. §§ 304 ff. StPO), nicht begründet zu werden. Das Beschwerdegericht prüft die angefochtene Entscheidung ohne Beschränkung auf die (wenn überhaupt) vom Beschwerdeführer vorgetragenen Gesichtspunkte nach,[6] u.z. nach der rechtlichen und tatsächlichen Seite ebenso umfassend wie ein Berufungsgericht.

Zeigt sich dabei, daß - wegen falscher Würdigung eines Verhinderungstatbestandes - in der Vorinstanz ein nicht berufener Richter entschieden hat, dann kann sich das Beschwerdegericht nicht darauf beschränken, ein (mögliches) Beruhen der Entscheidung auf diesem Mangel festzustellen und die Sache zurückzuverweisen. Es ist vielmehr in jedem Falle gehalten, selbst abschließend zu entscheiden, da die StPO für die Beschwerde eine Zurückverweisung nicht vorsieht, auch nicht bei bestimmten Verfahrensmängeln (vgl. § 309 II StPO). Das Ergebnis, zu dem das Beschwerdegericht kommt, wird dann schon zeigen, ob die Richtervertauschung wirklich ursächlich für

---

5) Gegen die Vorschrift des § 22d GVG werden allerdings rechtsstaatliche Bedenken - Art. 101 I S. 2 GG! - geltend gemacht (vgl. z.B. Kb. Schmidt Tl. III Anl. 3 zu § 22d, Kern, GVR S.190, auch Geerds, Präsidialverfassung S. 17 und DRiZ 59/141). Sie konnten den Gesetzgeber jedoch bisher nicht zu einer Änderung oder Aufhebung bewegen, auch nicht anläßlich des neuen Richtergesetzes von 1961 (vgl. dort § 85). Neuerdings enthält auch das Bad.-Württ. Ges. über die Gemeindegerichtsbarkeit v. 7. 3. 1963 (GBl. S. 73) eine dem § 22d GVG nachgebildete Bestimmung (§ 5 III).

6) Kb. Schmidt Tl. II Anl. 11 zu § 304 StPO, Kleinknecht-Müller Anm. 3 zu § 304 StPO.

die Entscheidung der Vorinstanz gewesen ist.

C. Ihre eigentliche Bedeutung gewinnt die Verhinderungsrüge für die Revision. Gerügt wird vorschriftswidrige Besetzung des erkennenden Gerichts, ein absoluter Revisionsgrund, von dem gerade im Strafverfahren (§ 338 Z. 1 StPO) relativ häufig Gebrauch gemacht wird. Darauf wurde schon im 1. Teil der Untersuchung immer wieder hingewiesen. Unwiderleglich vermutet der Gesetzgeber, daß die in der vorschriftswidrigen Besetzung liegende Rechtsnormverletzung das Entscheidungsergebnis beeinflußt hat, daß das Urteil auf der Verletzung"beruht". Der praktisch nur schwer zu erbringende Nachweis, daß die Entscheidung ohne den Mangel anders ausgefallen wäre, soll dem Beschwerdführer erspart bleiben. Schon der Schein unsachlicher Erwägungen bei der Besetzung des erkennenden Gerichts soll verhütet werden. Die Rüge, wenn sie begründet ist, führt deshalb automatisch zur Urteilsaufhebung (§ 353 I StPO) - ohne Rücksicht darauf, ob dies im Interesse der Wahrheitsforschung und der materiellen Gerechtigkeit notwendig oder auch nur zweckmäßig ist.

Eine eigene Entscheidung ist dabei dem Revisionsgericht, da es sich nicht um einen materiell-rechtlichen Fehler handelt, schlechthin verwehrt. Stets wird die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Untergericht zurückverwiesen (§ 354 I, II StPO). Vielfach geht es dem Revisionsberechtigten zunächst einmal um Erzielung dieses Effekts - Wiedergewinnung der Tatsacheninstanz. Konkrete Vorstellungen, ob das aufgehobene Urteil wirklich auf der vorschriftswidrigen Besetzung beruht hat, besitzt er nicht. Nur die vage Hoffnung leitet ihn, es könne beim zweiten Anlauf vielleicht doch etwas anderes herauskommen. Taktische Erwägungen der verschiedensten Art spielen häufig eine Rolle (Zeitgewinn mit Aussicht auf den Verlust von Beweismitteln, vielleicht auch auf eine Amnestie und dergl. mehr).

Drei Fragenkreise, die die Rechtsprechung und das Schrifttum wiederholt beschäftigt haben, verdienen besondere Aufmerksamkeit: Einmal, welche Anforderungen an die Begründung der Verhinderungsrüge zu stellen sind, wenn sie mit der Revision geltend gemacht werden soll. Zum zweiten, wann die Verhinderung vorgelegen haben muß, um als absoluter Revisionsgrund beachtlich zu sein, welches also der maßgebliche Zeitpunkt ist. Zum dritten, in welchem Umfang das Revisionsgericht nachprüfen kann, ob der Richter der Vorinstanz wirklich verhindert war.

I. Eine Begründung der Revision ist in § 344 StPO vorgeschrieben. Zwar bedarf es - im Gegensatz zum Zivilprozeß (§ 554 III Z. 2a ZPO) - keiner Bezeichnung der verletzten Rechtsnorm, sondern nur der Angabe, daß wegen eines Verfahrensverstoßes (im Gegensatz zu einem materiell-rechtlichen Fehler) angefochten wird, § 344 II S. 1 StPO. Anzuführen sind jedoch die den Verstoß enthaltenden Tatsachen, § 344 II S. 2 StPO, und damit nehmen es die Revisionsgerichte sehr genau. Erforderlich ist eine ausdrückliche und detaillierte Behauptung des Verfahrensfehlers.[7] Auf Grund der Rechtfertigungsschrift muß das Gericht, die behaupteten Tatsachen als wahr unterstellt, prüfen können, ob ein Verstoß vorliegt.[8] Die Revisionsbegründung muß also in sich geschlossen und aus sich selbst heraus verständlich sein.[9] Der Hinweis auf einen Anschein oder eine bloße Möglichkeit genügt nicht, denn es ist nicht Aufgabe des Revisionsgerichts, "über die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit, sondern über die Tatsache der Begehung eines Prozeßverstoßes zu entscheiden."[10]

---

7) BGHSt 7/162 im Anschluß an BGH MDR 51/276, BGHSt 3/213 und BGH NJW 53/836 und in Fortsetzung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung (RGSt 48/288, 53/51). - Zur Rechtsprechung des BGH s. auch Sarstedt DRiZ 60/351.

8) BGHSt 3/214

9) Gage-Sarstedt, Revision S. 71, Hb. Schmidt Tl. II zu § 344 (Erl. 8). Löwe-Rosenberg Bl. I Anm. 5a zu § 344 StPO, Erbs Anm. VII zu § 344 StPO.

10) RGSt 48/289

Das bedeutet für die Verhinderungsrüge, daß der Beschwerdeführer nicht lediglich formelhaft erklären kann: "Ich rüge vorschriftswidrige Besetzung des erkennenden Gerichts", "Ich rüge Verletzung von § 66 I GVG" oder gar nur "Ich rüge Verletzung des Verfahrensrechts" u.ä. - nach Gage-Sarstedt[11] nur eine "zwecklose Schreibübung"! Es bedarf vielmehr der Angabe, welcher Richter zu Unrecht mitgewirkt hat, und einer genauen Anführung der Gründe, warum die Mitwirkung nach Auffassung des Beschwerdeführers zu Unrecht erfolgte. Hat sich z.B. in der konkreten Entscheidung ein Strafkammer-Direktor durch einen LG-Rat vertreten lassen, obwohl er nach Meinung des Beschwerdeführers dauernd verhindert war, dann muß genau dargelegt werden, worin die dauernde Verhinderung erblickt wird: in einem schon so und so lange währenden ständigen Nichtführen des Vorsitzes als Folge anderweitiger dienstlicher Überlastung, deren Ende nicht abzusehen sei usf.[12]

Fehlen die erforderlichen Angaben oder genügen sie den dargelegten Anforderungen nicht, dann hat dies Verwerfung der Revision als unzulässig zur Folge, u.U. durch Beschluß (§ 349 I StPO). Andernfalls tritt das Revisionsgericht in eine sachliche Prüfung der Verhinderungsrüge ein, die es nun durch Urteil (§ 349 III StPO) für begründet oder auch für unbegründet erklären oder durch einstimmigen Beschluß als "offensichtlich unbegründet" verwerfen kann (§ 349 III StPO).

II. Der für die Vorschriftswidrigkeit maßgebliche Zeitpunkt bestimmt sich danach, welches das"erkennende" Gericht ist. Nur wenn dieses vorschriftswidrig besetzt war, ist ja ein absoluter Revisionsgrund gegeben.

Unter erkennendem Gericht i.S. von § 338 Z. 1 StPO wird das in der Hauptverhandlung amtierende, das Urteil fällende Gericht verstanden.[13] Zwischen Beginn und Ende der Hauptverhand-

---

11) Revision S. 83.

12) Vgl. auch Kleinknecht-Müller Anm. 14a zu § 344 StPO.

13) So schon RGSt 2/337 (344); weiter Eb. Schmidt Tl. II Erl. 5 zu § 338 StPO, Löwe-Rosenberg Bd. I Anm. 5 zu § 338, Erbs Anm. II zu § 338 StPO.

lung darf kein Mitglied dieses Gerichts verhindert sein, sei es auch nur während eines Teiles der Verhandlung. Lediglich für den Aufruf der Zeugen und Sachverständigen gilt dies nicht, da es sich hierbei - wegen des rein formalen Charakters - um einen (den einzigen!) "unwesentlichen" Verfahrensteil handelt (oben S. 70 f.) . Steht dieser Aufruf - wie gewöhnlich - am Beginn der Hauptverhandlung (vgl. § 244 StPO), dann ist also im Anschluß daran der letzte Zeitpunkt gekommen, um einen verhinderten Richter durch seinen Vertreter zu ersetzen. Geschieht dies erst später, so muß bisher Verhandeltes nochmals verhandelt werden (vgl. § 226 StPO - ununterbrochene Gegenwart des Richters!),[14] es sei denn, ein Ergänzungsrichter (§ 192 II, III GVG) steht zur Verfügung. Unterbleibt die Ersetzung oder erfolgt sie zwar, werden aber die schon verhandelten Teile nicht wiederholt, dann ist das Urteil der Gefahr absoluter Revisibilität ausgesetzt.

Die Hauptverhandlung schließt mit der Urteilsverkündung (§ 260 I S. 1 StPO). Auch diese gehört noch zu den Aufgaben des "erkennenden" Gerichts[15] und genießt den Schutz des § 338 Z. 1 StPO. Sie zerfällt in die Verlesung der Urteilsformel und die Eröffnung der Urteilsgründe. Erst mit dem letzten Wort der Gründe ist sie beendet.[16] Verlesung der Formel und Eröffnung der Gründe bilden dabei eine Einheit. Die beiden Vorgänge in der Weise aufzuspalten, daß man, was die Anwesenheit der anwesenheitspflichtigen Personen betrifft (§ 226 StPO), nur die Verlesung der Urteilsformel als "wesentlichen" Teil anerkennt, geht nicht an. Der BGH vertritt zwar neuerdings diesen Standpunkt, jedenfalls für den Angeklagten, dessen Abwesenheit während der Verkündung der Gründe kein absoluter Revisionsgrund i.S. von § 338 Z. 5 StPO sei.[17] Dieser

---

14) Löwe-Rosenberg Bd. I Anm. 3a zu § 268 StPO, Eb. Schmidt Tl. II Erl. 2 zu § 338 StPO, Erbs Anm. I C zu § 338 StPO; vgl. auch - für einen während der Hauptverhandlung erkrankten Beisitzer - RGSt 62/198.

15) Einhellige Meinung, vgl. Löwe-Rosenberg Bd. I Anm. 3 zu § 268, Eb. Schmidt Tl. II Anm. 3 zu § 268 StPO mit weit. Nachweisen, auch Kern, Strafverfahrensrecht S. 17 f.

16) Eb. Schmidt Tl. II Erl. 2 zu § 260, Erl. 2 zu § 268 StPO mit Rechtsprechungsnachweisen, Peters S. 385.

17) BGHSt 15/263 (264)

Auffassung kann aber weder für den Angeklagten noch - hier interessierend - für einen möglicherweise verhinderten Richter gefolgt werden. Gewiß braucht das Gericht nach Beginn der Urteilsverkündung auf Anträge, die zum Wiedereintritt in die Verhandlung oder wenigstens zur Änderung der Urteilsformel führen könnten, nicht mehr einzugehen.[18] Ebenso gewiß aber darf es solche Anträge und Anregungen noch berücksichtigen, und es darf bis zum Abschluß der Verkündung auch aus eigener Initiative, wenn einem Mitglied Zweifel an der Haltbarkeit der Entscheidung kommen, noch eine Berichtigung oder Ergänzung vornehmen.[19] Mag das auch äußerst selten sein - möglich ist es jedenfalls. Diese Möglichkeit besteht aber für denjenigen Richter nicht mehr, der an der Eröffnung der Urteilsgründe nicht mehr teilnimmt. Vorschriftswidrige Besetzung muß die Folge sein. -

Erkennt man dies an, so kann konsequenterweise auch der Auffassung nicht gefolgt werden, daß Anfechtbarkeit nach § 338 Z. 1 StPO entfällt, wenn die Verkündung der Gründe - aus Verhinderungsursachen - überhaupt unterblieben oder vorzeitig abgebrochen worden ist.[20] -

---

18) RGSt 57/142, 59/421; BGHSt 15/264.

19) RGSt 71/379, RG JW 38/1644, BGH NJW 53/155; Eb. Schmidt Tl. II Erl. 5, 19 zu § 268 StPO mit weiteren Angaben, Löwe-Rosenberg Bd. I Anm. 7 zu § 268 StPO, Kern, Strafverfahrensrecht S. 168 oben.

20) Der BGH (BGHSt 8/42) scheint allerdings der gegenteiligen Meinung zuzuneigen (in dem entschiedenen Fall war der Vorsitzende während Eröffnung der Urteilsgründe gestorben); auch Löwe-Rosenberg Bd. I Anm. 5b, 7 zu § 268 StPO ist gegen eine Anfechtbarkeit, während Eb. Schmidt Tl. II Erl. 5 zu § 268 StPO zu dem hier vertretenen Standpunkt tendiert. - Damit, ob eine Anfechtung möglich ist, darf die Frage nicht verwechselt werden, ob, wenn lediglich die Urteilsformel verkündet worden ist, ein wirksames Urteil vorliegt. Zu Recht bejaht der BGH (BGHSt 8/41) diese Frage. Er weist dabei - aaO S. 42 - auf § 338 Z. 7 StPO hin, der davon ausgeht, daß, auch wenn die schriftlichen Entscheidungsgründe fehlen, doch immerhin ein Urteil vorliegt; das muß ja umso mehr dann gelten, wenn die - nur einer vorläufigen Unterrichtung der Prozeßbeteiligten dienenden - mündlichen Gründe nicht eröffnet worden sind! Vgl. auch Löwe-Rosenberg Bd. I Anm. 5 zu § 260 StPO.

Aus der dargelegten Umgrenzung des Zeitraums, innerhalb dessen eine Richterverhinderung die Rüge nach § 338 Z. 1 StPO begründen kann, folgt:

1) Ist das Gericht bei einer der Hauptverhandlung vorausgegangenen Beschlußfassung, also im Vor- oder Zwischenverfahren, vorschriftswidrig besetzt gewesen, so liegt allenfalls ein einfacher Revisionsgrund nach §§ 336, 337 StPO vor.[21] Das Beruhen des Urteils auf diesem Mangel muß dann jeweils festgestellt werden.

2) Besetzungsmängel des Schöffengerichts können nach stattgefundener Berufungsverhandlung auch mit der einfachen Revisionsrüge nicht mehr angefochten werden. Das Berufungsurteil ergeht auf selbständiger Grundlage, es kann nicht auf dem Schöffengerichtsurteil beruhen, das keine "vorausgegangene" Entscheidung i.S. von § 336 StPO ist.[22]

3) Eine nach Abschluß der Urteilsverkündung eingetretene Verhinderung ist - jedenfalls für die Frage der Besetzung des erkennenden Gerichts i.S. von § 338 Z. 1 StPO - ohne Einfluß,[23] ebenso natürlich umgekehrt der Wegfall der Verhinderung nach diesem Zeitpunkt. Nur in einem ganz speziellen Zusammenhang kann die weitere Entwicklung noch von Bedeutung sein: Als Beweisbehelf (Indiz) für die Frage, ob ein Richter, der in dem konkreten Verfahren und - seit geraumer Zeit - auch schon in den vorangegangenen Verfahren vertreten wurde, dauernd oder

---

21) RGSt 2/337 (344); Eb. Schmidt Tl. II Erl. 5 zu § 338 StPO, Löwe-Rosenberg Bd. I Anm. 3 zu § 338.

22) RGSt 59/299 (300), Eb. Schmidt Tl. II Erl. 5 zu § 338 StPO, Löwe-Rosenberg Bd. I Anm. 3 zu § 338.

23) Sie kann allerdings noch im Rahmen von § 275 II S. 2 StPO - Verhinderung eines (Berufs-) Richters am Unterschreiben des Urteils - eine Rolle spielen. Gehörte nämlich dem erkennenden Gericht nur ein Berufsrichter an (Schöffengericht, kleine Strafkammer!) und ist dieser an der Unterzeichnung verhindert, dann kann seine Unterschrift nicht ersetzt werden. Folge: Das Urteil entbehrt in prozeßrechtlichem Sinne der Entscheidungsgründe - absoluter Revisionsgrund nach § 338 Z. 7 StPO (vgl. Eb. Schmidt Tl. II Erl. 16 zu § 275 StPO, Löwe-Rosenberg Bd.I Anm. 6e zu § 275, Kleinknecht-Müller Anm. 5 zu § 275 StPO).

nur vorübergehend (oben § 4) verhindert war. Von einer Dauerverhinderung schon im Zeitpunkt Urteilsfällung (auf den allein es allerdings ankommt) wird das Revisionsgericht nämlich regelmäßig desto eher ausgehen können, je länger die Verhinderung des Richters auch danach noch angehalten hat. Die Weiterentwicklung deckt sich ja meist damit, was für das Untergericht schon bei Erlaß des angegriffenen Urteils vorhersehbar war, und sie ist deshalb auch für das Revisionsgericht ein brauchbarer Anhaltspunkt.[24] Dies gilt nur dann nicht, wenn die Verhinderungdgründe nach Erlaß des Urteils anderer Art sind als vorher,[25] denn dann fehlt es an der für die Frage der Vorhersehbarkeit (dazu oben S. 25 ff.) unerläßlichen Kontinuität der Entwicklung.

III. Nach der Rechtsprechung kann das Revisionsgericht die tatsächlichen Voraussetzungen, die zur Annahme einer Verhinderung (oder umgekehrt zu ihrer Verneinung) geführt haben, nicht nachprüfen. Es ist auf die Prüfung beschränkt, ob die angegebenen Gründe den Rechtsbegriff der Verhinderung erfüllen.[26] - Dieser vom Reichsgericht begründeten Auffassung, der durchweg Fälle der Verhinderung durch anderweitige dienstliche Überlastung zugrundelagen, ist das Schrifttum überwiegend gefolgt.[27] Dabei wird immer wieder betont, bei Feststellung der Verhinderung durch den Gerichtspräsidenten hand-

---

24) In diesem Sinne vgl. RGZ 119/280 (284), 119/284 (285, 288); für das Strafverfahren gilt nichts anderes.

25) RG Recht 1928 Nr. 1128. Beispiel: Zunächst Verhinderung durch dienstliche Überlastung, später durch Krankheit.

26) RGSt 20/387, 25/390, 40/269 f., 46/256, 55/237, 62/310; RG GA 56/74; BGHSt 12/34 und 113 f.; BGH MDR 51/539 und JZ 56/409, BGH NJW 61/1076. - Aus der Rechtsprechung der Zivilgerichte vgl. RG SeuffA 42/210, RG JW 12/875, 18/222, RGZ 119/284 (286).

27) Löwe-Rosenberg Bd. II Anm. 2a zu § 66 GVG, Kleinknecht-Müller Anm. 3 b bb zu § 63 GVG, Schwarz Anm. 1 A zu § 66 GVG, Schorn, Präsidialverfassung S. 96 f. - Ebenso das zivilprozessuale Schrifttum, z.B. Stein-Jonas Bd. II Anm. III A 3a zu § 554 ZPO, Zöller Anm. zu § 66 GVG, Baumbach-Lauterbach Anm. 1 zu § 63 GVG ("Ob eine Verhinderung vorlag, bestimmt allein die Geschäftsverteilung (?); keine gerichtliche Nachprüfung...") und Anm. 1 zu § 66 GVG ("Die Verhinderung ist dienststrafrechtlich, niemals aber gerichtlich nachzuprüfen"!!).

le es sich um einen Akt pflichtmäßigen "Ermessens", der wie jedes Ermessen nur auf Überschreitung und Mißbrauch kontrolliert werden könne.

1. Schon der Ausdruck "Ermessen" ist irreführend, denn unter Ermessen im eigentlichen Sinn ist die Befugnis zu verstehen, zwischen mehreren möglichen Entscheidungen zu wählen (Handlungsermessen), worum es sich bei Feststellung des Verhinderungsfalls nicht handeln kann (s. oben S. 16). Gemeint ist denn auch nur das, was man - nicht sehr glücklich - als "richterliches" oder "arbiträres Ermessen" bezeichnet, d.h. die Befugnis, einen nicht ganz eindeutigen Sachverhalt auf die eine oder andere Weise - als Verhinderung oder als Nicht-Verhinderung - verbindlich zu würdigen. Um Subsumtion, nicht um Ermessensbetätigung im echten Sinne oder um Auslegung handelt es sich.[28] Der Ausdruck "Feststellungsspielraum" wäre treffender.

2. Aber auch gegen einen so verstandenen "Feststellungsspielraum" bestehen erhebliche Bedenken. § 352 I StPO bestimmt, daß, wenn ein Verfahrensmangel gerügt wird, auch die zur Begründung vorgebrachten Tatsachen der Nachprüfung des Revisionsgerichts unterliegen, u.z., da von einer Beschränkung nichts gesagt ist, grundsätzlich in vollem Umfang, d.h. unter Zuhilfenahme aller im Rahmen des Freibeweises verfügbaren Erkenntnismittel.[29] Damit stünde es im Widerspruch, wenn sich das Revisionsgericht mit den amtlichen Angaben des Präsidenten, die dieser zur Verhinderung (Verfahrensmangel!)

---

28) Vgl. auch Peters S. 519, weiter Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 76 Anm. 1, Wolff, Verwaltungsrecht I § 31 II a, b. - Beispiel für eine Fehlsubsumtion: Nach den Angaben des Präsidenten war der in Frage stehende Beisitzer "wegen eines leichten Schnupfens" an der Teilnahme "verhindert". - Hier läge kein anzuerkennender Verhinderungsgrund vor, sondern nach der Sprachregelung der h.M. ein Ermessensfehlgebrauch, aus dem das Revisionsgericht die Konsequenzen ziehen dürfte (Aufhebung des Urteils gem. § 338 Z. 1 StPO).

29) Freibeweis und nicht Strengbeweis, denn es handelt sich um prozessual erhebliche Tatsachen; vgl. Eb. Schmidt Tl. II Vorbem. 19 vor § 244, Erl. 9 zu § 337 StPO, Löwe-Rosenberg Bd. I S. 36, Henkel S. 433, Kern JZ 56/410; für den Zivilprozeß, für den Gleiches gilt, Schönke-Schröder-Niese S. 403. S. auch BGHSt 16/164 (166).

macht, zufrieden geben müßte.[30] Es fände (und findet auch nach der h.M.) eine Bindung an die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz statt, die doch der Gesetzgeber nur bei materiellrechtlichen Rügen, also für die tatsächlichen Feststellungen in der Sache selbst, auferlegen will.

3. Nun wird zwar, wo prozessuale Entscheidungen innerhalb eines "Feststellungsspielraums" ergehen (etwa die Entscheidung über die Verlesbarkeit eines Protokolls nach § 251 I Z. 1 StPO[31] oder darüber, ob ein Angeklagter verhandlungsfähig ist[32]), eine Bindung des Revisionsgerichts an die vorderrichterlichen Tatsachenfeststellungen gelegentlich auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage anerkannt. Man begründet dies dann damit, daß es sich um Prozeßentscheidungen typisch tatrichterlicher Art handelt, die wesentlich "von dem Inhalt der Tatsachenverhandlung abhängen und von dem Eindruck, den eine Person macht".[33] Aber mag diese Begründung auch auf tatrichterliche Entscheidungen der erwähnten Art zutreffen (wenngleich sie nicht unangefochten ist[34]) - für die Entscheidung des Präsidenten, ob ein Verhinderungsfall vorliegt, scheint mir sie nicht verwertbar. Die Parallele zum Tatrichter, der auf Grund eines unmittelbaren Eindrucks entscheidet, ist nur bedingt möglich. Der Präsident besitzt zwar in der Regel den besten Gesamtüberblick über die personelle und geschäftliche Situation seines Gerichts, und aus den oben S. 34 f. dargelegten Gründen ist es gerechtfertigt, ihm die gerichtsintern verbindliche Entscheidung über den Verhinderungsfall anzuvertrauen. Für die revisionsrechtliche Beurteilung aber, ob eine konkrete Richterverhinderung wirklich vorliegt, kommt es doch wesentlich auch auf die Stellungnahme des be-

---

30) Vgl. auch Henkel S. 433 und RG JW 30/1104, wo das RG - für die Rüge des schlafenden Richters - ausführt: "Im Hinblick auf die bestimmten Behauptungen des Angeklagten, daß der Schöffe während der ganzen Verhandlung geschlafen habe, hielt es das Gericht jedoch für angezeigt, darüber Beweis zu erheben, wozu es im Hinblick auf die Rüge eines Verfahrensmangels ohne weiters berechtigt war." - S. auch unten S. 103 mit Anm. 35.

31) Dazu BGSt 54/22. 32) Dazu BGSt 57/373, 64/14.

33) Kleinknecht-Müller Anm. 4c zu § 337 StPO; vgl. ähnlich Löwe-Rosenberg Bd. I Anm. 2a, 2b a.E. zu § 337, Schwarz Anm.

troffenen Richters selbst und möglicherweise auf die Aussagen weiterer Personen an. Dem Revisionsgericht sollte der unmittelbare Zugang zu diesen wichtigen Erkenntnismitteln nicht versperrt werden.

Namentlich auch liegt das im Interesse des Angeklagten, dem ja der absolute Revisionsgrund vorschriftswidriger Besetzung des erkennenden Gerichts in erster Linie zugutekommen soll. Sein Schutz gegen ungerechtfertigte Richtervertauschungen wäre m.E. zu wenig gewährleistet, wenn seinen - vielleicht sehr detailliert begründeten - Tatsachenbehauptungen einfach deshalb nicht nachgegangen werden könnte, weil dem Revisionsgericht wegen einer kategorisch anderslautenden Auskunft des Präsidenten die Hände gebunden sind. - Es sollte darum Gleiches gelten wie in den Fällen, in denen es zu einer Feststellung der Verhinderung durch den Präsidenten garnicht kommt, namentlich also beim schlafenden Richter, wo das Revisionsgericht ja anerkanntermaßen uneingeschränkt - durch Befragung des Richters selbst, durch Zeugenvernehmungen usw. - erforschen und beurteilen kann, was wirklich gewesen ist.[35]

Es versteht sich, daß in ausgesprochenen Grenzfällen die Beurteilung, wie sie der Präsident vorgenommen hat, für das Revisionsgericht ein wichtiges Indiz ist, über das es sich nicht ohne zwingenden Grund hinwegsetzen wird. Dies ist aber etwas ganz anderes als eine strikte Bindung an die Feststellungen des Präsidenten ohne jede Möglichkeit eigener Tatsachenermittlung und -beurteilung.[36] -

---

2 B zu § 337 StPO, Peters S. 528.

34) Vgl. Eb. Schmidt Tl. I Nr. 176 Anm. 197, Tl. II Erl. 14 zu § 337 StPO, Alsberg-Nüse, Beweisantrag S. 480.

35) Vgl. oben S. 66 ff. und die dort angeführten Entscheidungen, insbes. RGSt 60/63, BGHSt 2/14. S. auch oben S. 102 Anm. 30 (zu RG JW 30/1104).

36) Im Ergebnis gegen eine Beschränkung der revisionsgerichtlichen Nachprüfung auf richtige Anwendung des Rechtsbegriffs "Verhinderung" auch Eb. Schmidt Tl. II Erl. 8 zu § 338 StPO und - für die Entscheidung des Amtsrichters, ob ein Schöffe verhindert ist (§ 54 GVG) - Tl. III Erl. 5 zu dieser Vorschrift.

Damit sind die wichtigsten Punkte behandelt, die für die Erhebung der Verhinderungsrüge im Rahmen des Strafverfahrens rechtlich von Interesse sind. Das Schwergewicht liegt, wie gezeigt, ganz eindeutig bei der Revision, d.h. beim absoluten Revisionsgrund vorschriftswidriger Besetzung. Unbekannt dagegen ist dem Strafprozeßrecht eine Wiederaufnahme des Verfahrens wegen fehlerhaft besetzter Richterbank (vgl. §§ 359, 362 StPO; die Beschränkung ist angesichts der Tatsache, daß z.B. der Zivilprozeß und das Verwaltungsgerichtsverfahren einen solchen Wiederaufnahmegrund bereithalten, nicht ganz einzusehen). Gegen ein rechtskräftiges Strafurteil gibt es mithin nach geltendem Recht, wenn das Urteil als Folge eines fehlerhaft gewürdigten Verhinderungstatbestandes nicht von den an sich berufenen Richtern gefällt wurde, allenfalls noch die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde wegen Entziehung des gesetzlichen Richters (Näheres unten § 15).

§ 13. Sonstige Verfahrensarten

Die Bedeutung der Richterverhinderung für das Strafverfahren wurde an erster Stelle behandelt, weil hier, speziell bei der strafprozessualen Revsision, für die Praxis das Schwergewicht liegt. Für die anderen Verfahrensarten spielen Verhinderungsfragen keine so große Rolle. "Taktischen Erwägungen" des Beschwerdeführers ohne unmittelbare Rücksicht auf die materiellen Erfolgschancen des Rechtsmittels (oben S. 94) kommt z.B. im Zivilprozeß oder im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten eine geringere Bedeutung zu als für das Strafverfahren. Situationen ähnlich der eines zu Gefängnis oder Zuchthaus Verurteilten, der die Tatsacheninstanz um jeden Preis nocheinmal zurückgewinnen will, weil er noch einen Funken Hoffnung auf Abwendung der entehrenden Strafe hat, Situationen also, die mehr emotional als rational bestimmt sind, treten in den Hintergrund. Die Aussichten auf eine günstigere Entscheidung werden sehr viel genauer abgewogen - nicht zuletzt auch unter dem Gesichtspunkt des Prozeßkostenrisikos. Andere Faktoren können hinzukommen, namentlich auch Zulassungsbeschränkungen

der Revision (vgl. etwa § 546 ZPO), die dem Strafprozeß unbekannt sind. So erklärt sich die relativ geringe Zahl an höchstrichterlichen Verhinderungsentscheidungen außerhalb des Strafverfahrensrechts, worauf schon an früherer Stelle (oben S. 5 Anm. 8) hingewiesen wurde. -

Was - im Gegensatz zu diesem praktischen Aspekt - die rechtliche Seite betrifft, so gilt das im vorstehenden Paragraphen Gesagte mit Abweichungen auch für den Zivilprozeß, den Verwaltungsgerichtsprozeß und die weiteren Verfahrensarten.

A. Zivilprozeß

I. Sollen Besetzungsmängel der Vorinstanz, die auf fehlerhafte Würdigung eines Verhinderungstatbestandes zurückgehen, mit dem Rechtsmittel der Berufung gerügt werden, so bedarf es - im Gegensatz zum Strafverfahren (oben S. 91 f.) - einer Berufungsbegründung (§ 519 ZPO). Entspricht diese nicht den gesetzlichen Anforderungen an Form und Frist, dann ist die Berufung als unzulässig zu verwerfen (§ 519b ZPO).

Neben den Berufungsanträgen (Inweiweit wird das Urteil angefochten und welche Abänderungen werden beantragt?) ist dabei insbes. erforderlich eine "bestimmte Bezeichnung der im einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung (Berufungsgründe)", § 519 III Z. 2 ZPO. Der Berufungskläger muß also seine Ausführungen substantiieren. Es gelten ähnlich strenge Maßstäbe wie bei der strafprozessualen Revision (oben S. 95 f.).[1] Kommt er aber dieser Substantiierungspflicht nach und wird der Verfahrensverstoß durch die angeführten Tatsachen schlüssig behauptet, dann kann sich der Berufungskläger auch auf die Verhinderungsrüge beschränken, denn eine - richtig substantiierte - formelle Rüge reicht für die Berufungsbegründung aus, selbst wenn noch weitere (insbes. materielle) Mängel hätten gerügt werden können.[2] Die Berufung ist dann zulässig. Ob

---

1) Vgl. dazu Wieczorek Bd. III Anm. C III zu § 519 ZPO, Stein-Jonas Bd. II Anm. III 2b zu § 519, Baumbach-Lauterbach Anm. 3 C zu § 519, Zöller Anm. 3) zu § 519 ZPO.

2) Wieczorek Bd. III Anm. C III c 3, d zu § 519 ZPO. - In der

sie auch begründet ist, das wird erst die sachliche Nachprüfung zeigen, die nun das Berufungsgericht - in den durch die Beweisanträge gezogenen Grenzen rechtlich und tatsächlich unbeschränkt[3] - durchzuführen hat. -

Ebenso wie im Strafverfahren (s. oben S. 92) entscheidet das Berufungsgericht in der Sache grundsätzlich selbst. Ähnlich wie im Strafverfahren ist aber bei prozessualen Fehlern eine Zurückverweisung möglich, dann nämlich, "wenn das Verfahren des ersten Rechtszuges an einem wesentlichen Mangel leidet" (§ 539 ZPO). Das Berufungsgericht beschränkt sich in diesem Fall auf die kassatorische Aufhebung des Urteils und läßt das Untergericht erneut in der Sache entscheiden. - Als"wesentlich" gilt ein Mangel, "der das Verfahren als ordnungsmäßige Grundlage der erstinstanzlichen Entscheidung nicht erscheinen läßt".[4] Anerkanntermaßen gehört zu diesen Verfahrensmängeln auch eine vorschriftswidrige Besetzung i.S. der Revisionsnorm § 551 Z. 1 ZPO.[5]

Mit anderen Worten: Die Verhinderungsrüge kann, wenn sie durch die Berufung geltend gemacht wird, gleichermaßen wie im Strafverfahren zur Wiedergewinnung der ersten Tatsacheninstanz dienlich sein. Diese Chance mag den Berufungskläger nicht selten zur Erhebung der Rüge veranlassen. Allerdings kann er nicht sicher damit rechnen, daß das Berufungsgericht zurückverweisen wird. Es entscheidet hierüber nach pflichtmäßigem Ermessen.[6] Billigt es das angefochtene Urteil sachlich, so wird es von der Befugnis des § 539 ZPO keinen Gebrauch machen. Die Wiederholung des Verfahrens vor der 1. Instanz würde nur eine unzweckmäßige Verzögerung der Entscheidung bedeuten, wäre also nicht "sachdienlich" i.S. von § 540 ZPO.[7] Der Gesichtspunkt,

---

Praxis wird allerdings die Berufung nur relativ selten ausschließlich mit Verfahrensmängeln begründet (anders die Revision!).

3) Stein-Jonas Bd. II Anm. III 2c zu § 519 ZPO.

4) So schon RGZ 37/ 249.

5) RGZ aaO; Stein-Jonas Bd. II Anm. I 1 zu § 539 ZPO, Wieczorek Bd. III Anm. B II a 4 zu § 539 ZPO, Rosenberg S. 691.

6) Stein-Jonas Bd. II Anm. II 1 zu § 539 ZPO, Rosenberg S. 691.

7) OLG München NJW 53/187.

daß dem Berufungskläger auf diese Weise eine Tatsacheninstanz verlorengeht, muß gegenüber prozeßwirtschaftlichen Überlegungen (keine Prozeßverschleppung!) zurücktreten.[8)]

II. Ähnliches gilt, wenn Verhinderungsmängel mit der Beschwerde geltend gemacht werden. Diese ist im Zivilprozeß in erheblich geringerem Umfang gegeben als im Strafprozeß (vgl. § 567 ZPO). Eine Begründung ist aber ebensowenig wie dort und wie bei der strafprozessualen Berufung Zulässigkeitsvoraussetzung (§ 569 II ZPO), und die Nachprüfung ist wie im Strafverfahren (oben S.93) eine rechtlich und tatsächlich umfassende.

Im Unterschied zum Strafverfahren besteht Zurückverweisungsmöglichkeit: Das Beschwerdegericht kann der Vorinstanz im Zivilprozeß die erforderliche Anordnung übertragen (§ 575 ZPO). Von bestimmten Mängeln der erstinstanzlichen Entscheidung ist die Zurückverweisung nicht abhängig. Sie kommt deshalb auch bei der Verhinderungsrüge in Betracht. Wiederholt haben die Gerichte gerade für wesentliche Verfahrensmängel dieser Art die Zurückverweisung schon ausgesprochen.[9)] Auch hier allerdings - wie im Berufungsverfahren - wird nach freiem Ermessen zurückverwiesen,[10)] ist also mit der Verhinderungsrüge keine Gewähr für eine Zurückgewinnung der ersten Tatsacheninstanz gegeben.

III. Für die Revision (gegeben gegen die in der Berufungsinstanz vom OLG erlassenen Endurteile, § 545 I ZPO) kommt der Verhinderungsrüge auch im Zivilprozeß die Hauptbedeutung zu. Wie im Strafverfahren liegt ein absoluter Revisionsgrund - vorschriftswidrige Besetzung des erkennenden Gerichts, § 551 Z. 1 ZPO - vor, dessen Geltendmachnung automatisch zur Aufhebung des oberlandesgerichtlichen Urteils führt.[11)] -

---

8) Vgl. auch BGHZ 1/73.

9) KG Rechtspr. XV/259, XXVII/50, OLG Stuttgart JW 21/768. - Vgl. dazu Stein-Jonas Bd. II Anm. II 2 zu § 575 ZPO, Wieczorek Bd. III Anm. B I a 2 zu § 575, Zöller Anm. zu § 575 ZPO.

10) Stein-Jonas Bd. II Anm. II 2 zu § 575 ZPO.

11) Vgl. dazu Nikisch S. 497.

Auf folgende Punkte ist hinzuweisen:

1. Anders als im Strafverfahren bedarf es grundsätzlich einer Revisionszulassung durch das OLG, es sei denn, die Revisionssumme von mehr als 6 000 DM ist erreicht (§ 546 I ZPO) oder ein Fall genereller Zulassungsfreiheit liegt vor - bei Verhinderungsmängeln nur nach § 517 II Z. 2 ZPO denkbar.

Die Revision muß begründet werden (§ 554 ZPO). Die Begründung muß nach § 554 III Z. 2a ZPO auch die verletzte Rechtsnorm bezeichnen, also dartun, daß ein Verstoß gegen die - jeweils in Betracht kommenden - Vorschriften des GVG (z.B. § 66 II i.V.m. § 117 GVG) und etwaige Bestimmungen des Geschäftsverteilungsplanes vorliege, der zur vorschriftswidrigen Besetzung i.S. von § 551 Z. 1 ZPO geführt habe; eine genaue Anführung der Paragraphen wird allerdings nicht verlangt. - Außerdem muß die Begründung, da mit der Verhinderungsrüge ein Verfahrensmangel gerügt wird, ebenso wie im Strafverfahren die den Mangel ergebenden Tatsachen enthalten (§ 554 III Z. 2b ZPO), die wie dort in den wesentlichen Punkten konkret und bestimmt anzugeben sind.[12] Ausdrücklich hat der BGH eine Revision als unzulässig verworfen (vgl. § 554a ZPO), in der die vorschriftswidrige Besetzung des Gerichts lediglich damit begründet worden war, daß "in unzulässiger Weise an Stelle des Senatspräsidenten ein OLG-Rat den Vorsitz geführt habe".[13]

Hält der BGH die Verhinderungsrüge für begründet, so ist das OLG-Urteil aufzuheben (§ 564 ZPO) und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das OLG zurückzuverweisen (§ 565 I ZPO), wobei die rechtliche Beurteilung des BGH das OLG bindet, § 565 II ZPO (s. auch oben S. 86).

2. Was den für die Verhinderung maßgeblichen Zeitpunkt betrifft, so ergeben sich Abweichungen gegenüber dem Strafverfahren daraus, daß die Urteilsverkündung nicht mehr zu den Aufgaben des "erkennenden" Gerichts gehört. Nur gefällt, nicht

---

12) Vgl. RGZ 126/249, BGHZ 14/209 f., BGH MDR 58/319; weiter die Erläuterungen zu § 554 ZPO bei Stein-Jonas (Bd. II, [illegible] 3), Wieczorek (Bd. III, C III c), Baumbach-Lauterbach (A[illegible]); auch Schönke-Schröder-Niese S. 401.

13) BGH LM (Z) Nr. 10 zu § 551 Z. 1 ZPO.

auch verkündet werden muß das Urteil von denjenigen Richtern, die der dem Urteil zugrundeliegenden Verhandlung beigewohnt haben (vgl. § 309 ZPO). Nur diese sind die "erkennenden" Richter i.S. von § 551 Z. 1 ZPO.[14] Das hat das RG schon frühzeitig ausgesprochen, u.z. sowohl in der Richtung, daß nicht alle Richter, die bei der Entscheidung mitgewirkt haben, auch bei der Verkündung zugegen sein müssen,[15] als auch in der umgekehrten Richtung, daß die Teilnahme eines Richters unschädlich ist, wenn er lediglich der Verkündung eines schon vorher von anderen Richtern beschlossenen Urteils beiwohnt.[16] - Maßgebend ist also die Besetzung bis zur letzten mündlichen Verhandlung,[17] die mit der Beratung des Urteils und der Abstimmung schließt. Nur Besetzungsmängel, die vor diesem Zeitpunkt liegen, können einen absoluten Revisionsgrund i.S. von § 551 Z. 1 ZPO abgeben. Ein bis dahin erfolgter - verhinderungsbedingter - Wechsel in der Richterbank macht eine Wiedereröffnung der Verhandlung (vgl. § 156 ZPO) notwendig.[18]

IV. Im Gegensatz zur StPO (oben S.104) gewährt die ZPO, wenn das erkennende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war, auch eine Wiederaufnahme des Verfahrens. Gegen rechtskräftige Endurteile (§ 578 I ZPO - nicht nur gegen Revisionsurteile!) und nach der h.M. auch gegen nicht mehr anfechtbare Beschlüsse[19] findet dann die Nichtigkeitsklage statt (§ 579 I Z. 1 ZPO).

---

14) Stein-Jonas Bd. II Anm. II 1 zu § 551 ZPO, Wieczorek Bd. III Anm. B I b zu § 551 ZPO.

15) RG JW 97/132, 03/383; auch RG DJZ 25/891.

16) RG JW 02/543.

17) RG JW 32/2146, BGHZ 10/130 (137) - zutreffend führt der BGH dort aus, die Führung des Vorsitzes in einem OLG-Senat durch einen OLG-Rat trotz dauernder Verhinderung des ordentlichen Vorsitzenden werde auch dadurch nicht vorschriftsmäßig, daß der Rat noch im Laufe des Verfahrens, u.z. ab Beratung des Urteils, zum Senatspräsidenten ernannt worden sei (zust. auch Wieczorek Bd. V Anm. B II zu § 62 GVG).

18) Stein-Jonas Bd. I Anm. II zu § 309, Anm. IV 2 zu § 128 ZPO, Wieczorek Bd. II Anm. A I zu § 309, Zöller Anm. zu § 309 ZPO.

19) Näheres bei Rosenberg S. 773, Stein-Jonas Bd. II Vorbem. V vor § 578 ZPO, Baumbach-Lauterbach Anm. 2 zu § 578 ZPO. - Sehr

Wie als absoluter Revisionsgrund die Revision, so begründet vorschriftswidrige Besetzung - gleich den anderen Nichtigkeitsgründen des § 579 I ZPO - die Wiederaufnahme ohne weiteres, im Gegensatz zu den Restitutionsgründen des § 580 ZPO, deren Kausalität für das Urteil nachgewiesen werden muß.[20] Voraussetzung für die Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage ist allerdings, daß die vorschriftswidrige Besetzung schlüssig behauptet ist (sonst ist die Klage nicht "an sich statthaft" i.S. von § 589 ZPO[21]) und daß namentlich gegen die Entscheidung kein Rechtsmittel gegeben war, § 579 III ZPO, oder (erweiternde Auslegung der h.M.) daß ein an sich gegebenes Rechtsmittel unverschuldet, d.h. ohne Verstoß gegen die prozessualen Sorgfaltspflichten nicht eingelegt wurde.[22]

Ein Begründungszwang wie bei der Berufung und bei der Revision besteht dagegen nicht. Die Wiederaufnahme ist nicht deshalb unzulässig, weil die Tatsachen, aus welchen die vorschriftswidrige Besetzung des Gerichts folgt (Art, Dauer der Verhinderung usw.), nicht näher beschrieben worden sind. § 588 Z. 1 ZPO, der eine "Bezeichnung des Anfechtungsgrundes" vorsieht, ist nur Ordnungsvorschrift.[23]

B. Verwaltungsgerichtsverfahren

Für das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten gilt weitgehend Gleiches wie für den Zivilprozeß, dem es ja in vielen Punkten ähnelt (vgl. auch die Generalverweisung auf das GVG und die ZPO in § 173 VwGO).

---

str. dagegen, ob es Wiederaufnahme auch gegen Vorbehalts- und Zwischenurteile gibt; ablehnend Rosenberg S. 772, Baumbach-Lauterbach Anm. 2 zu § 578 ZPO (jeweils mit Rspr.-Hinweisen).

20) Rosenberg S. 771, Stein-Jonas Bd. II Vorbem. II 1 vor § 578 ZPO.

21) RGZ 75/56; Rosenberg S. 778, Wieczorek Bd. III Anm. B I a 4 zu § 578, Anm. A I b zu § 579 ZPO.

22) Rosenberg S. 774, Wieczorek Bd. III Anm. A II a zu § 579 ZPO, Baumbach-Lauterbach Anm. 6 zu § 579 ZPO.

23) Vgl. Stein-Jonas Bd. II Anm. I 1 zu § 588, Wieczorek Bd. III Anm. B zu § 588 ZPO.

I. Verhinderungsrügen, die mit der Berufung erhoben werden, brauchen - ebenso wie im Strafverfahren (oben S. 91 f.) und anders als im Zivilprozeß (oben S. 105) - nicht begründet zu werden. § 124 III S. 2 VwGO bestimmt lediglich, daß die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel angegeben werden sollen, macht ihre Angabe aber nicht zur Voraussetzung der Zulässigkeit.[24] Fehlen nähere Ausführungen, so hat das Berufungsgericht - wie in solchen Fällen immer - auf eine Aufklärung hinzuwirken (§ 86 III i.V.m. § 125 I VwGO).[25]

Wie nach § 539 ZPO (oben S. 106) kann gem. § 130 I Z. 2 VwGO die Sache an die Vorinstanz, also vom Oberverwaltungsgericht an das Verwaltungsgericht zurückverwiesen werden, da mit der Verhinderungsrüge ein "wesentlicher" Mangel des Verfahrens geltend gemacht wird. Auch hier entscheidet über die Zurückverweisung das pflichtmäßige Ermessen des OVG , das Erhaltung der ersten Tatsacheninstanz einerseits und Gesichtspunkte der Prozeßökonomie andererseits gegeneinander abzuwägen hat.[26]

II. Für die Beschwerde[27] gilt gegenüber dem Zivilprozeß nicht Besonderes. -

Auch für die Revision bestehen keine grundlegenden Abweichungen. Vorschriftswidrige Besetzung des erkennenden Gerichts ist absoluter Revisionsgrund (§ 138 Z. 1 VwGO). Wird auf ihn die Revision gestützt, so bedarf es - entgegen der Regel des § 132 VwGO - einer Zulassung der Revision durch das OVG nicht (§ 133 Z. 1 VwGO). - Die in § 139 VwGO vorgeschriebene Revisionsbegründung muß, da mit der Verhinderungsrüge ein Verfahrensmangel gerügt wird, wie im Zivilprozeß die zugrundeliegenden Tatsachen enthalten (§ 139 II S. 2 VwGO), wobei die gleichen strengen Anforderungen an die Substantiierung zu stel-

---

24) So schon OVG Lüneburg OVGE 7/386 für den früheren § 83 II MRVO Nr. 165 gleichen Inhalts.

25) Eyermann-Fröhler Anm. IV 3 zu § 124, Klinger Anm. C 4 zu § 124 VwGO.

26) BVerwG 7/103 f., Eyermann-Fröhler Anm. 2 zu § 130 VwGO.

27) Geregelt in §§ 146 ff. VwGO.

len sind wie dort.[28] - Ist die Verhinderungsrüge begründet, so hat das BVerwG - anders als im Straf- und Zivilprozeß, wo stets zurückverwiesen werden muß (oben S. 94 , 108) - die (pflichtgemäß zu treffende) Wahl zwischen eigener Entscheidung und Zurückverweisung (§ 144 III VwGO).[29]

Schließlich kann unter den gleichen Voraussetzungen wie nach der ZPO eine Wiederaufnahme des Verfahrens wegen vorschriftswidriger Besetzung stattfinden (§ 153 VwGO).[30]

C. Arbeitsgerichtsverfahren

Für den Arbeitsgerichtsprozeß, der sich - jedenfalls in Bezug auf die Rechtsbehelfe des sog. Urteilsverfahrens (§§ 46 ff. ArbGG) - stark an den Zivilprozeß anlehnt (vgl. §§ 64 II, 72 III, 78 f. ArbGG), ist zu beachten:

Eine Berufung gegen ein arbeitsgerichtliches Urteil findet nur unter bestimmten Voraussetzungen statt (vgl. § 64 I ArbGG). Das Landesarbeitsgericht als Berufungsgericht muß die abschließende Entscheidung selbst treffen, da Zurückverweisung wegen eines Verfahrensmangels, also auch wegen eines Verhinderungsmangels, unzulässig ist (§ 68 ArbGG). Eine Abstufung der Verfahrensverstöße in der Weise, daß bei besonderer Schwere (vorschriftswidrige Besetzung!) ausnahmsweise doch zurückverwiesen werden könnte, ist nicht möglich.[31] Der Beschleunigungsgrundsatz wird hier besonders stark betont.[32]

Die Revision ist an ähnliche Zulässigkeitsvoraussetzungen geknüpft wie im Zivilprozeß. Vorschriftswidrige Besetzung ist

---

28) Schunck-De Clerck Anm. 3 d dd zu § 139, Koehler Anm. VIII 6 zu § 139 VwGO.

29) Vgl. Eyermann-Fröhler Anm. 3a zu § 144, Schunck-De Clerck Anm. 4 zu § 144, Klinger Anm. D 4a zu § 144 VwGO.

30) Auch im Verwaltungsgerichtsverfahren nicht nur gegen rechtskräftige Urteile, sondern gleichermaßen auch gegen Beschlüsse, vgl. BVerwG NJW 59/117 f.

31) Dietz-Nikisch Anm. 11 f. zu § 68, Dersch-Volkmar Anm. 3 ff. zu § 68 ArbGG; früher in der Rechtsprechung streitig.

32) Vgl. Kaskel-Dersch S. 319.

auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren ein absoluter Revisionsgrund (§§ 73 I, 72 III ArbGG i.V.m. § 551 Z. 1 ZPO).[33] Ebenso ist sie Wiederaufnahmegrund (§ 79 ArbGG). -

Für das sog. Beschlußverfahren (§§ 80 ff. ArbGG), das in bestimmten Fällen, namentlich bei Streitigkeiten aus der Betriebsverfassung, an die Stelle des Urteilsverfahrens tritt, gelten keine Abweichungen, die für die Verhinderungsrüge von besonderem Interesse wären. § 551 Z. 1 ZPO ist zwar bei der Rechtsbeschwerde, die der Revision des Urteilsverfahrens entspricht, nicht ausdrücklich für anwendbar erklärt (vgl. § 92 II ArbGG), wird aber allgemein für anwendbar gehalten.[34]

D. Sozialgerichtsverfahren

Es gilt im wesentlichen Gleiches wie für das Urteilsverfahren des Arbeitsgerichtsprozesses. Hervorgehoben sei, daß die Berufung zwar für eine Reihe von Streitigkeiten grundsätzlich ausgeschlossen ist (vgl. i.e. §§ 144-149 SGG), daß dies aber - hier interessierend - gerade dann nicht gilt, wenn ein "wesentlicher" Mangel des Verfahrens (vorschriftswidrige Besetzung!) gerügt wird, § 150 Z. 2 SGG.[35] Er ersetzt auch die grundsätzlich seitens des Landessozialgerichts erforderliche Zulassung der Revision (§ 162 I Z. 2 SGG). Vorschriftswidrige Besetzung ist auch absoluter Revisionsgrund, wie sich aus der Generalverweisung des § 202 SGG auf die Vorschriften des GVG und der ZPO ergibt.[36] - Anders als im Arbeitsgerichtsverfahren kann nicht nur das Revisionsgericht, sondern auch das Berufungsgericht zurückverweisen (§ 159 I Z. 2 SGG).

---

33) Dietz-Nikisch Anm. 17 zu § 16, Anm. 32 ff. zu § 73 ArbGG, Dersch-Volkmar Anm. 3 zu § 16, Anm. 22 zu § 73 ArbGG. - Als Beispiel aus der neueren Rechtsprechung vgl. BAG 5/170 (vorschriftswidrige Besetzung, wenn einer der mitwirkenden Richter während fortdauernder Verhandlung auch nur kurzfristig - für ein Telefongespräch - den Sitzungssaal verläßt).

34) Dietz-Nikisch Anm. 15 zu § 93 ArbGG, Dersch-Volkmar Anm. 4 zu § 93 ArbGG.

35) Vorschriftswidrige Besetzung ist als ein solcher Mangel anerkannt, vgl. Peters-Sautter-Wolff Anm. 3c zu § 150, Anm. 3 zu § 162 SGG, Mellwitz Anm. 10 zu § 150, Anm. 8 ff. zu § 162

E. Finanzgerichtsverfahren

Für das Finanzgerichtsverfahren schließlich sei auf Folgendes hingewiesen:

Da es nur zwei gerichtliche Instanzen (das Finanzgericht und den Bundesfinanzhof) gibt und die Abgabenordnung auch eine Wiederaufnahme des Verfahrens nicht kennt, kommt die Verhinderungsrüge lediglich gegen die Entscheidungen der Finanzgerichte in Betracht. Sie kann im sog. Berufungsverfahren (§§ 259 ff. AO) mit der Rechtsbeschwerde (§§ 285 ff. AO) oder im (seltenen) sog. Beschlußverfahren mit der Beschwerde (§ 306 AO) erhoben werden. In § 288 Z. 2 AO, der für beide Verfahren gilt, ist ausdrücklich ausgesprochen, daß die (Rechts-) Beschwerde auch auf einen wesentlichen Verfahrensmangel gestützt werden kann. Daß vorschriftswidrige Besetzung zu diesen Mängeln zählt[37] und daß schon die bloße Möglichkeit einer bei ordnungsgemäßem Verfahren anderen Sachentscheidung genügt,[38] haben der Reichs- und der Bundesfinanzhof wiederholt erklärt.

Eine Besonderheit des Finanzgerichtsverfahrens liegt darin, daß der BFH, wenn er das Urteil wegen eines Verhinderungsmangels aufhebt, nicht nur an das Finanzgericht, sondern auch an das Finanzamt zurückverweisen kann (§ 296 III AO)!

Der Vergleich der verschiedenen Verfahrensarten hat am Beispiel der Richterverhinderung gezeigt, wie zahlreich - trotz aller Gemeinsamkeiten - doch noch in Einzelheiten die Unterschiede

---

SGG. - S. auch Haueisen NJW 55/1875 sowie Schneider, Juristen-Jahrbuch 1. Bd. (1960) S. 56, 60 f.; weiter BSG 4/243 und 288, 8/22, 11/23.

36) Vgl. Peters-Sautter-Wolff Anm. 5 zu § 162 SGG, BSG 4/288, 11/25.

37) RFH 20/127, 42/194; RFH RStBl. 1932/863. - Vgl. weiter Berger Anm. 4 zu § 288 AO, Riewald Anm. 3 (7) zu § 288, Hübschmann-Hepp-Spitaler Anm. 4 zu § 288 AO. Beachte namentlich § 67 I Z. 5 AO, wonach in Steuersachen nicht mitwirken soll, wer bei einer angefochtenen Entscheidung oder Rechtsmittelentscheidung (der Finanzbehörde!) mitgewirkt hat. Solche Sachverhalte lagen den Entscheidungen RFH 20/127, 42/194 zugrunde.

38) Erstmals RFH 13/225; weitere Nachweise bei Berger Anm. 3 zu § 288 und bei Kühn Anm. 3 zu § 288 AO.

sind (Begründung der Berufung, Möglichkeit der Zurückverweisung durch Berufungs- und Revisionsgericht, Möglichkeit der Wiederaufnahme u.a.m.), durch die sich der Rechtssuchende hindurchfinden muß. Meist sind diese Unterschiede innerlich nicht gerechtfertigt und bringen dann nur desto stärker zu Bewußtsein, wie notwendig eine weitere Vereinheitlichung des Verfahrensrechts ist und wie segensreich sie sich für die Rechtspraxis auswirken würde. -

§ 14. Reformbetrachtungen

I. Daß die Verhinderungsrüge, wenn mit ihr der absolute Revisionsgrund vorschriftswidriger Besetzung geltend gemacht wird, ohne Prüfung der Kausalitätsfrage zur Aufhebung des angegriffenen Urteils und regelmäßig zur Zurückverweisung und Wiederholung des gesamten vorinstanzlichen Verfahrens führt, ist in manchen Fällen wenig befriedigend. Immer wieder werden Urteile wegen vorschriftswidriger Besetzung angefochten und aufgehoben, wo nach menschlichem Ermessen eine Änderung auch beim zweiten Anlauf nicht erwartet werden kann. Unnötige Zeit wird vertan, zusätzliche Kosten entstehen, die Hoffnungen des Beschwerdeführers werden enttäuscht und auch das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Rechtspflege wird nicht sehr gestärkt, namentlich dann nicht, wenn es sich um besonders umfangreiche Strafverfahren handelt (Monstreprozesse), an denen ja die Allgemeinheit regelmäßig lebhaften Anteil nimmt. Erinnert sei an den vor einigen Jahren durchgeführten Raubmordprozeß Schuler-Cowell, dessen Wiederaufrollung vor dem Schwurgericht Mannheim zumindest dem flüchtigen Betrachter wegen des eindeutigen Sachverhalts reichlich überflüssig erscheinen mußte.

Die Frage drängt sich auf, ob die Gewährung eines absoluten Revisionsgrundes mit dem ihm anhaftenden prozessualen Automatismus (oben S. 94) überhaupt gerechtfertigt ist oder - wenn es schon ohne ihn nicht geht -, ob nicht wenigstens einem offenbaren "Mißbrauch" Riegel vorgeschoben werden sollen und können.

II. Eine Änderung oder doch eine großzügigere Handhabung der einschlägigen Revisionsbestimmungen wurde von verschiedenen Seiten gefordert, um solchen "Leerlaufverfahren" zu steuern. Vor allem zu nennen ist Kohlhaas, der - fußend auf großer praktischer Erfahrung (Bundesanwalt!) - die "Reformbedürftigkeit des § 338 Z. 1 StPO" untersucht,[1] und auch Lüttigs "Gedanken eines alten Richters zur neuen Rechtsprechung über die vorschriftswidrige Besetzung des Gerichts"[2] befassen sich mit dieser Frage.

Kohlhaas wie Lüttig beklagen, daß sich in letzter Zeit die mit der vorschriftswidrigen Besetzung operierenden Revisionsrügen - namentlich im Strafverfahren - zu häufen beginnen. Lüttig kreidet den Revisionsgerichten an, daß sie allzu schnell bereit seien, solchen Rügen stattzugeben. Formalien seien heute zum Selbstzweck geworden und nähmen einen bürokratisch breiten Raum ein. Um wieviel besser sei da doch die Praxis des Reichsgerichts gewesen, das außer bei wirklich groben Verstößen gegen das Gesetz nur dann aus formellen Gründen aufgehoben habe, wenn es die Entscheidung auch sachlich nicht habe billigen können.[3] - Kohlhaas dagegen hält de lege lata die neuere Rechtsprechung für unangreifbar.[4] Um aber zu verhindern, daß der "an sich begrüßenswerte Grundsatz vom gesetzlichen Richter sich zum Übel zu wenden beginnt", macht er konkrete Reformvorschläge. Sie laufen darauf hinaus, dem § 338 Z. 1 StPO folgenden Zusatz beizugeben:

> "Die Rüge kann dann nicht auf Fehler bei der Besetzung, soweit diese im GVG geregelt ist, gestützt werden, wenn die erstinstanzliche Verhandlung länger als zwei Tage gedauert und ein als Verteidiger tätiger Rechtsanwalt nicht spätestens zu Beginn des 3. Verhandlungstages den mit der Revision gerügten Besetzungsfehler erfolglos geltend gemacht hat."

---

1) NJW 58/1428 mit Schlußwort NJW 59/471.

2) DRiZ 58/50 mit Schlußwort DRiZ 58/252 auf die Erwiderung von Günther in DRiZ 58/138.

3) Man vgl. etwa RGSt 60/63 zur Frage des schlafenden Richters (oben S. 67).

4) aaO S. 1428: "Man muß das GVG streng beachten, wenn nicht der Gedanke vom gesetzlichen Richter zum bloßen Scheinbekenntnis herabgewürdigt werden soll." Ebenso Günther aaO S. 138.

Kohlhaas möchte also eine begrenzte Rügeverwirkung einführen, wovon er sich zu Recht den gewünschten Erfolg verspricht. Einer Gesetzesänderung bedürfte es zur Erreichung dieses Erfolges deshalb, weil für das geltende Recht eine Verwirkung nach einhelliger Auffassung in Judikatur und Schrifttum ebensowenig anerkannt wird wie ein ausdrücklicher Verzicht auf die Rüge fehlerhaft besetzter Richterbank.[5)]

III. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen jegliche gesetzliche Beschränkung der Rügemöglichkeit bestünden zwar m.E. nicht. Mit dem Recht auf den gesetzlichen Richter ließe sich eine Einschränkung solange vereinbaren, als dem von der Rügeverwirkung Bedrohten - ohne ihn unzumutbar zu überfordern - genügend Spielraum gelassen wird, um sich gegen die Verwirkung zur Wehr zu setzen. - Gerade in diesem Punkt aber ist der Reformvorschlag von Kohlhaas doch wohl zu eng. Die Zwei-Tagesfrist kann dem Anwalt genügen, um sich neben seinen eigentlichen Verteidigerpflichten auch noch ausreichend über die Hintergründe einer von der Regelbesetzung abweichenden Zusammensetzung des Gerichts zu informieren. Ebensogut aber kann sie zu kurz sein, um ihm genügend Anhaltspunkte für eine etwaige Rüge zu verschaffen. Gerade in den ersten Tagen länger-

---

5) Die h.M. sieht in dem Anspruch auf ordnungsmäßige Besetzung ein wichtiges rechtsstaatliches Prinzip (gesetzlicher Richter!), das den üblichen prozessualen Verwirkungs- und Verzichtsregeln nicht unterliegt und deshalb (gewisse) Einschränkungen höchstens durch ausdrückliche gesetzliche Vorschrift erfahren kann. Grundsätzlich jedenfalls muß den Verfahrensbeteiligten die Rügemöglichkeit erhalten bleiben, bis sie von der Entscheidung des Gerichts Kenntnis erlangen und sie in ihrer Tragweite übersehen können. - Vgl. für das Strafverfahren schon Hahn, Materialien zur StPO S. 252, weiter Eb. Schmidt Tl. II Erl. 66 zu § 337 StPO, Löwe-Rosenberg Anm. 6c zu § 337, Anm. 4b zu § 338 StPO, Kleinknecht-Müller Anm. 10 zu § 337 StPO, Erbs Anm. II D zu § 338 StPO; dazu die Abhandlungen von Jeschek und Wolff in JZ 52/400 und NJW 53/1656 und aus neuester Zeit Kiderlen, Die Verwirkung von Verfahrensrügen im Strafprozeß (Tüb. Diss. 1960), S. 52 Anm. 32, S. 59, 67. Dazu aus der Rechtsprechung: RG Rspr. 9/523, RG JW 30/2573, BGH NJW 53/1801, MDR 54/151 (zu § 338 Nr. 1 StPO), OLG Hamm VRS 14/371. - Für den Zivilprozeß: Wieczorek Bd. II Anm. B II a 1 zu § 295, Bd. III Anm. B II b zu § 551 ZPO, Stein-Jonas Bd. I Anm. II 2a zu § 295 ZPO, Zöller Anm. zu § 295 ZPO, Rosenberg S. 342; RGZ 91/95, OGHZ 2/210. - Vgl. weiter Koehler Anm. V 2 zu § 133 VwGO, OVG Münster DÖV 59/636; Mellwitz Anm. 10 zu § 150 SGG, Peters-Sautter-Wolff Anm. 3 zu § 162 SGG.

währender Verhandlungen ist er regelmäßig voll in Anspruch genommen. Es darf ihm, auch mit Rücksicht auf seine sonstige anwaltliche Tätigkeit, nicht ohne weiteres zugemutet werden, Pausen, die vielleicht nur knapp bemessen sind, für solche Nachforschungen zu verwenden. Möglicherweise ist die Geschäftsstelle geschlossen (Mittags-, Abendzeit!), von der die nötigen Informationen zu erlangen wären, möglicherweise auch gibt man ihm nur widerstrebend und unzureichend Auskunft![6] Wohl könnte er dann "vorsorglich", ohne genaue Substantiierung, Rüge erheben, um sich die Möglichkeit einer späteren Verfahrensrevision zu erhalten. Die Gefahr aber, daß die Anwälte solche vorsorglichen Rügen zu einer selbstverständlichen Einrichtung machen würden, sofern auch nur der geringste Verdacht einer vorschriftswidrigen Besetzung gegeben ist, liegt auf der Hand. Damit wäre der Erfolg, den sich Kohlhaas von seinem Vorschlag verspricht, weitgehend in Frage gestellt, der Aufwand einer Gesetzesänderung nicht gerechtfertigt. -

Hinzu kommen Einwände, die in der Struktur des gerichtlichen Verfahrens begründet sind und gegen eine gesetzlich normierte Rügeverwirkung im Sinne von Kohlhaas sprechen. Es würde eine nur schwerlich gerechtfertigte Funktionsverschiebung bedeuten, wenn man im praktischen Ergebnis die Anwälte damit belasten wollte, über die vorschriftsmäßige Besetzung der Richterbank zu wachen. Das ist nicht ihre Aufgabe, sondern gehört zum Verantwortungsbereich der Justizverwaltungen, der Präsidien, die gesetzmäßige Geschäftsverteilungspläne aufzustellen haben, der Gerichtspräsidenten, die über den Verhinderungsfall zu entscheiden und zeitweilige Vertreter gem. § 67 GVG zu bestimmen

---

6) Vgl. dazu die schon oben S. 2 Anm. 4 angeführte neuere Entscheidung des BVerwG (NJW 61/1989). - In diesem Zusammenhang ist auf die Stimmen hinzuweisen, die eine Veröffentlichung aller gerichtlichen Geschäftsverteilungspläne anstreben (nicht nur derjenigen der oberen Bundesgerichte, die heute schon veröffentlicht werden), vgl. namentlich Bettermann, Grundrechte S. 552, Schiedermaier DÖV 60, 15, auch Kern AöR Bd. 71 S. 447.

haben und auch der Kammer- und Senatsvorsitzenden, die gerade zur Frage der Verhinderung eines ihrer Beisitzer oft am ehesten Stellung nehmen können. Diese Instanzen, nicht die Anwälte, sind primär aufgerufen, für eine vorschriftsmäßige Besetzung zu sorgen.[7)]

Zudem würde ein gut Teil des gesunden Drucks, der durch das Risiko einer absoluten Revisionsrüge auf die Gerichte ausgeübt wird, in Wegfall kommen.[8)] Bedenkliche Besetzungen würden leichteren Herzens gewagt - in der Hoffnung, der Rügeberechtigte möge die Rügeausschlußfrist versäumen und könne dann nichts mehr gegen das Urteil unternehmen. Das Gebot strikter Einhaltung der gerichtsverfassungsrechtlichen Bestimmungen und des Geschäftsplans, das gerade der BGH immer wieder betont, müßte aufgeweicht werden. Dem "gesetzlichen Richter" käme dies gewiß nicht zugute! Wenn auch nicht in jedem einzelnen Fall (weil das Urteil häufig trotz des Verfahrensfehlers sachlich richtig ist), so doch aufs Ganze gesehen müßte mit der Gefahr einer Rügeverwirkung eine prozessuale Schlechterstellung der Beschwerdeführer einhergehen.

IV. In Wirklichkeit ist die Ursache für manche mißliche, unergiebige Wiederaufrollung langwieriger und kostspieliger Prozesse nicht so sehr bei mutwilligen Anwälten zu suchen, denen sich ein Mißbrauch der Rüge vorschriftswidriger Besetzung gar zu mühelos anbietet, als vielmehr bei den verantwortlichen Justizorganen, die es in der Handhabung der einschlägigen Bestimmungen an der nötigen Sorgfalt fehlen lassen

---

7) Ähnlich auch Siebecke NJW 58/1816 und Stackelberg NJW 59/469, jeweils in Erwiderung auf Kohlhaas.

8) Vgl. auch Kern, Strafverfahrensrecht S. 209, der einen wesentlichen Zweck des § 338 StPO darin sieht, daß "die Einhaltung gerade dieser (d.h. der in § 338 StPO aufgeführten) Verfahrensbestimmungen dem Richter besonders eingeschärft" wird. Ähnlich Gage-Sarstedt S. 2 f. (S. 3: "Revisionen gegen versehentliche Verstöße beugen absichtlichen Verstößen in der denkbar wirksamsten Weise vor" und Günther aaO S. 139. - Auch hier kann der oben S. 115 erwähnte Fall Schuler/Cowell als gutes Beispiel dienen: Er hat beim LG Mannheim eine sehr viel strengere und exaktere Besetzungspraxis eingeleitet und ist noch immer häufiges Gesprächsthema der Richter!

und so überhaupt erst die Voraussetzungen für solche Revisionsrügen schaffen.[9] In erster Linie nach dieser Richtung und nicht, im Wege einer gesetzlichen Verwirkungsandrohung, gegen die Anwälte muß immer wieder mahnend der Finger erhoben werden. -

Aus allen diesen Gründen sollte auf die Möglichkeit gesunder Überwachung der gerichtsverfassungsrechtlichen Bestimmungen, wie sie das gegenwärtige Revisionsrecht bietet, nicht - auch nicht teilweise - verzichtet werden. Für eine Änderung des § 338 S. 1 StPO und auch der Parallelbestimmungen in den anderen Verfahrenszweigen besteht keine wirkliche Notwendigkeit, sie würde im Gegenteil mehr Nachteile als Vorteile bringen.

§ 15. Richterverhinderung und Verfassungsbeschwerde

Als ultima ratio, die Mitwirkung eines verhinderten oder die Nichtmitwirkung eines nicht verhinderten, aber gesetzlich berufenen Richters zu rügen, kommt schließlich eine Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht wegen Verletzung des Art. 101 I S. 2 GG in Betracht. Das Recht auf den gesetzlichen Richter wird in § 90 I BVerfGG ausdrücklich den eigentlichen "Grundrechten" des GG gleichgestellt.[1]

A. Die Voraussetzungen für eine erfolgversprechende Einlegung sind jedoch eng. Es handelt sich bei der Verfassungsbeschwerde nicht um einen zusätzlichen oder wahlweisen Rechtsbehelf, nicht um eine "Superrevision" in dem Sinne, daß das BVerfG die angefochtene Entscheidung im gleichen Umfange wie ein Revisionsgericht nachprüfen könnte. Die Nachprüfung erfolgt lediglich auf spezifische Verfassungswidrigkeit hin, ob also der Beschwerdeführer "gegenwärtig und unmittelbar"[2] in seinem Recht auf den gesetzlichen Richter verletzt ist[3] (be-

---

9) Vgl. Stackelberg aaO S. 471.

1) Man spricht von einem "justitiellen" Grundrecht (Maunz S.219).

2) BVerfG 1/101

3) BVerfG 1/4 f., 7 f. und 420, 2/291 und 339, 3/219 f., 7/207; Maunz S. 239 f., Kern, DVR S. 303, Lechner Anm. 3 zu § 90 I BVerfGG und die ergänzenden Anmerkungen hierzu im Ergänzungsband (1957), Zweigert JZ 52/321.

jahendenfalls Aufhebung der Entscheidung und Zurückverweisung "an ein zuständiges Gericht", § 95 II i.V.m. § 90 II S. 1 BVerfGG, d.h. an jedes sachlich zuständige Gericht ohne Rücksicht darauf, ob es, erstmals mit der Sache befaßt, auch örtlich zuständig wäre.[4]).

Außerdem muß gem. § 90 II BVerfGG der Rechtsweg erschöpft, also von den im konkreten Verfahren in Betracht kommenden Rechtsbehelfen erfolglos Gebrauch gemacht worden sein (Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde).[5] Dadurch wird einem allzu starken Überhandnehmen der Beschwerde entgegengewirkt, von der ohnehin schon fast zu ausgiebig und deshalb vielfach ohne Erfolg Gebrauch gemacht wird.[6] Nur ausnahmsweise kann das BVerfG auch schon vor Erschöpfung des Rechtswegs über die Verfassungsbeschwerde entscheiden, dann nämlich, wenn die Beschwerde "von allgemeiner Bedeutung ist oder wenn dem Beschwerdeführer ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde, falls er zunächst auf den Rechtsweg verwiesen würde" (§ 90 II S. 2 BVerfGG). Diese Ausnahmen von dem Vorschaltgrundsatz legt das BVerfG jedoch eng aus,[7] und mit Recht

---

4) BVerfG 4/424; dort wurde z.B. nicht an das LG München I zurückverwiesen, dessen Entscheidung - zusammen mit der bestätigenden Entscheidung des BGH - angefochten worden war, sondern an das LG Augsburg.

5) Eine evtl. Wiederaufnahme des Verfahrens wird jedoch als außerordentlicher Rechtsbehelf nicht zum "Rechtsweg" gerechnet, vgl. Geiger Anm. 7 zu § 90 BVerfGG, Lechner Anm. 1a zu § 90 Abs. 1 BVerfGG, Zweigert JZ 52/326; Kleinknecht-Müller Einl. 15b. A.A. Stein-Jonas Erl. XI 1 vor § 578 ZPO (Bd. II).

6) Vgl. Kern, GVR S. 303, Ule DVBl. 53/12 (13), Zweigert JZ 52/321; weiter den Jahresbericht 1960 des BVerfG (bespr. in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung Nr. 301 v. 29. 12 1961), wo Reformvorschläge gemacht werden, um den Rechtsbehelf der Verfassungsbeschwerde sinnvoller zu gestalten und gerade zum Schutz der Rechtssuchenden das Gericht von "unerträglichem Ballast" zu befreien (bis Ende 1960 waren beim BVerfG seit dessen Bestehen rd. 8460 Klagen und Beschwerden eingegangen, wovon rd. 7460 Verfassungsbeschwerden waren!).

7) BVerfG 1/69, BVerfG JZ 53/412; Lechner Anm. 2 zu § 90 II BVerfGG, Zweigert JZ 52/326.

weist Schorn[8] darauf hin, daß sie in dem hier erörterten Fragenkomplex wohl kaum je gegeben sein werden.

B. I. Was die materielle Seite angeht, so besteht Einigkeit zunächst darüber, daß eine Richterentziehung i.S. von Art. 101 I S. 2 GG nicht nur durch die Exekutive und den Gesetzgeber möglich ist, sondern auch durch die Organe der Rechtsprechung selbst,[9] also beispielsweise durch den Gerichtspräsidenten, der einen zeitweiligen Vertreter gem. § 67 GVG bestimmt, obgleich er den regelmäßigen Vertreter garnicht für verhindert hält.

Einigkeit besteht weiter darüber, daß die Einflußnahme einer außerhalb der Gerichtsorganisation stehenden Person oder Stelle auf die Besetzung des Gerichts, etwa in Form einer Anweisung der Justizverwaltung an einen Richter, sich in einer bestimmten Sache der Mitwirkung zu enthalten, stets eine Richterentziehung darstellt;[10] allein auf den objektiven Verstoß gegen Sinn und Zweck des Art. 101 I S. 2 GG kommt es hier an. - Außenstehenden Personen hat dabei das BVerfG[11] zu Recht auch solche Personen innerhalb der Gerichtsorganisation gleichgestellt, die, obwohl von jeder Mitwirkung im konkreten Verfahren ausgeschlossen, sich dennoch einschalten und auf die Besetzung Einfluß nehmen, sei es unmittelbar durch Anmaßung richterlicher Funktionen, sei es - kraft ihrer Autorität - lediglich durch mittelbare Einwirkung auf die Handlungen anderer Richter.[12]

---

8) Präsidialverfassung S. 155.

9) Vgl. schon Kern, Gesetzlicher Richter S. 185 f., 191; ders. JZ 56/411; Bettermann, Grundrecht S. 565; weiter BVerfG 3/364, 4/416; BGHZ 20/358; BAG NJW 60/1542.

10) Eb. Schmidt Tl. III Erl. 6 zu § 16 GVG mit weit. Nachw., Kern, GVR S. 150.

11) BVerfG 4/417

12) Zugrunde lag der Entscheidung des BVerfG die "Verfügung" eines im konkreten Falle gesetzlich ausgeschlossenen Strafkammer-Vorsitzenden, in der er seinen Stellvertreter "bat" - mit Erfolg! -, "unbedingt in diese Sache Termin anzuberaumen u.z. noch vor Weihnachten u.z. wenn irgend möglich am 21. Dez. 1954 vormittags 9 Uhr". - Da die Kammer im neuen Geschäftsjahr (1955) nach dem bereits beschlossenen Geschäftsverteilungsplan

II. Es bleiben die Fälle, wo die Einwirkung auf die Besetzung ausgeht von den mit der Sache befaßten Organen der Rechtsprechung selbst. So liegt es meistens. Man denke etwa daran, daß das Gericht ein Ablehnungsgesuch zu Unrecht für unbegründet erklärt hat (ein - rechtlich - verhinderter Richter hat also mitgewirkt). Man denke an den Fall, daß ein Mitglied des erkennenden Gerichts während der Verhandlung vorübergehend abwesend war (wenn auch nicht körperlich: schlafender Richter!) oder daran, daß ein Vorsitzender von vornherein im Geschäftsverteilungsplan für bestimmte Sitzungstage für verhindert erklärt worden ist (s. oben S. 37 ff.), daß nun überraschend im Laufe des Geschäftsjahres die Verhinderung wegfällt, dennoch aber sein Vertreter an den besagten Sitzungstagen nach wie vor den Vorsitz führt. Weiter gehören hierher die Fälle, wo die vorschriftswidrige Besetzung auf Verkennung des Verhinderungsbegriffs durch die zuständigen Gerichtsorgane zurückgeht, etwa durch den Präsidenten in Anwendung des § 67 GVG oder durch das Präsidium bei Aufstellung oder Abänderung (§ 63 II GVG!) des Geschäftsverteilungsplans.

---

eine andere Besetzung haben sollte und da ohne die besagte dringende "Verfügung" möglicherweise nicht mehr im alten Geschäftsjahr (d.h. in der alten Besetzung) verhandelt worden wäre, ließ sich nicht ausschließen, daß die Zusammensetzung der Richterbank (und damit das Urteil) durch die Verfügung beeinflußt worden war! (Bestätigung dieser Entscheidung durch RGHSt 11/110 und BAG NJW 60/1542.) - Kern stimmt in einer Anmerkung (JZ 56/409) der Gleichstellung mit Außenstehenden, wie sie das BVerfG vornimmt, im Interesse einer wirksamen Durchsetzung des Entziehungsverbots grundsätzlich zu. Er möchte aber den in Frage stehenden, ausgeschlossenen Strafkammer-Vorsitzenden einem "völlig Außenstehenden" doch nicht gleichsetzen. Der Vorsitzende habe zwar in unzulässiger Weise, aber immerhin "in seiner Eigenschaft als Strafkammervorsitzender gehandelt". D.E. muß jedoch, schon um der praktischen Nachprüfbarkeit willen, eine saubere Trennungslinie gezogen werden. Der Vorsitzende war nun einmal in dem Verfahren ausgeschlossen. Fühlte er sich auch - zu Recht - für den gesamten Geschäftsgang seiner Kammer verantwortlich, so mußte er sich dennoch darauf beschränken, seinen Vertreter in einer nur allgemein gehaltenen Form auf die Erledigung der Sache binnen angemessener Frist hinzuweisen, nicht aber den Termin (und damit die Besetzung) de facto selbst zu bestimmen.

1. In Rechtsprechung und Schrifttum ist anerkannt, daß, wenn das Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war, noch nicht notwendig auch der gesetzliche Richter i.S. von Art. 101 I S. 2 GG entzogen sein muß. Die beiden Rechtssätze: das Gebot vorschriftsmäßiger Besetzung und das Verbot der Entziehung des gesetzlichen Richters decken sich nur teilweise. [13] Eine verfassungswidrige Richterentziehung wird im justitiellen Bereich nur dann angenommen, wenn die fehlerhafte Besetzung nicht auf einem bloßen "Verfahrensirrtum" (error in procedendo), sondern auf einem "Willkür"-Akt beruht. [14/15] Unter "Willkür" wird dabei von der Rechtsprechung und der wohl h.M. verstanden ein Handeln aus unsachlichen Erwägungen, das man dann nicht anzunehmen habe, wenn eine sorgfältige Prüfung [16] vorangegangen sei. Im wesentlichen geht diese Interpretation auf Kern zurück, der sie schon in seinem "Gesetzlichen Richter" [17] niedergelegt und später [18] dahin präzisiert hat, es sei erforderlich "das Bewußtsein des Handelnden, daß er ein rechtwidriges, auf eine unzulässige Richteraustauschung hinauslaufendes Tun entfalte". [19]

---

13) Kern JZ 56/409.

14) Aus der Rechtsprechung: BVerfG 3/364 f., 4/416 f., 7/329; BGHZ 20/358, BGHSt 10/180, 11/110, 15/109. - Aus dem Schrifttum: Kern, Gesetzlicher Richter S. 191, 202 f., ders., GVR S. 150 sowie JZ 56/411 und 59/220; Schorn, Präsidialverfassung S. 156, Bettermann, Grundrechte S. 565, Stackelberg, Juristen-Jahrbuch 2. Bd. (1961) S. 177 f.; Eb. Schmidt Tl. III Erl. 6 zu § 16 GVG, Löwe-Rosenberg Bd. II Anm. 3d zu § 16 GVG, Kleinknecht-Müller Einl. 1d und Anm. 2 bb zu § 16 GVG.

15) Der Ausdruck "Verfahrensirrtum" scheint übrigens zu eng. Nicht immer braucht eine - nicht willkürliche - vorschriftswidrige Besetzung durch Irrtum bedingt zu sein, so z.B. nicht beim schlafenden Richter! "Nicht-Willkür" wäre deshalb der treffendere, wenngleich auch farblosere Ausdruck, als Gegensatz.

16) So BGHSt 11/ 110

17) S. 202 f.

18) JZ 56/411.

19) Ebenso Eb. Schmidt Tl. III Erl. 6 zu § 16 GVG mit weiteren Nachweisen aus Rechtsprechung und Schrifttum.

2. Gegen diese subjektive Deutung des Willkürbegriffs wendet sich vor allem Arndt.[20] Er streicht das Erfordernis eines auf Richtervertauschung gerichteten Vorsatzes und hält Willkür stets dann schon für gegeben, wenn ein von Fall zu Fall durch die Willensentscheidung eines anderen berufener Richter tätig wird, ein Richter also, "dessen Berufensein sich nicht allgemein normativ vorbestimmt aus Gesetz und Geschäftsordnung finden und erkennen läßt".[21] (Beispiel: Der Geschäftsverteilungsplan überläßt es - entgegen § 63 I S. 1 GVG - dem Vorsitzenden, wen er im Einzelfall als Vertreter für einen verhinderten Richter heranziehen will. Auch ohne daß der Vorsitzende "in böser Absicht" handelt, ist der von ihm bestellte Vertreter nach Arndt ein "gewillkürter" und damit nicht der gesetzliche Richter.)

3. Diese Verobjektivierung des Willkürbegriffs hat - namentlich auch aus Anlaß der Diskussion über die Verfassungsmäßigkeit der sog. "Überbesetzung" - manche Anhänger gefunden. Dennoch ist m.E. der herrschenden Meinung der Vorzug zu geben. Ihre Differenzierung: Stets Richterentziehung, wenn der Eingriff von außen kommt,[22] keine Entziehung dagegen, wenn er aus der justitiellen Sphäre rührt und frei ist von Willkür i.S. sachfremder Motivierung, ist innerlich gerechtfertigt und nicht ihrerseits "willkürlich", wie Arndt[23] meint. Die historischen Erfahrungen, aus denen heraus das Entziehungsverbot entstand, müssen auch heute für die Auslegung entscheidend sein[24] und können nicht, mit Arndt,[25] als überholt bei-

---

20) JZ 56/633 und DRiZ 59/171. Vgl. auch seine Besprechung des Werkes von Leibholz über die Gleichheit vor dem Gesetz in NJW 61/2153 (2154).

21) JZ aaO.

22) Ein "Verfahrensirrtum" ist hier schon begrifflich ausgeschlossen, BVerfG 4/417.

23) JZ aaO S. 633.

24) Vgl. Eb. Schmidt Tl. III Erl. 3 zu § 16 GVG.

25) DRiZ aaO S. 171.

seitegeschoben werden. Gegen unlautere, meist politsch bedingte Einmischungsversuche in die Rechtpflege wurde das Entziehungsverbot geschaffen. Für eine Ausweitung über die Abwehrfunktion hinaus besteht - trotz allgemein stärkerer Betonung des Rechtsstaatsprinzips im Grundgesetz - keine Notwendigkeit.[26] Hätten die Väter des GG ein in dem Arndt'schen Sinne sehr viel weitergehendes Regulativ für vorschriftswidrige Besetzungen gewollt, wie es ja schon mit den traditionellen Rechtsbehelfen (Berufung, Revision, Wiederaufnahme usw.) gegeben ist, dann hätten sie dies ausdrücklich sagen müssen. Da dies nicht geschehen ist, muß davon ausgegangen werden, daß - nicht nur dem Wortlaut, sondern auch dem Inhalt nach - an das Entziehungsverbot angeknüpft werden sollte, wie es schon in der Weimarer Reichsverfassung (Art. 105 S. 2) ausgesprochen war.

4. Wenn nun - im Anschluß an die herkömmliche Auslegung - die h.M. eine "von außen" verursachte fehlerhafte Besetzung ohne nähere Prüfung der Motive als Entziehung i.S. von Art. 101 I S. 2 GG behandelt, dann einfach deshalb, weil in solchen Fällen generell der Verdacht sachfremder Einmischung besteht. Denn: Wie kommt eine Stelle, die garnichts mit dem konkreten Verfahren zu tun hat, dazu, Einfluß auf die Besetzung zu nehmen?! - Auf subtile Nachforschungen, ob ausnahmsweise keine tendenziösen Absichten dahinterstecken, soll sich hier der Verfassungsrichter garnicht einlassen müssen. - Anders, wenn die mit der Sache unmittelbar befaßten Justizorgane die Ursache für die vorschriftswidrige Besetzung geschaffen haben. Für sie läßt sich eine allgemeine Vermutung sachfremder Motivierung nicht von vornherein aufstellen. Sie haben auf eine Vielzahl gerichtsverfassungs- und verfahrensrechtlicher Normen zu achten, nach welchen sich die Besetzung regelt. Sie sind daher ständig und unmittelbar der Gefahr, wichtige Bestimmungen zu übersehen, der Gefahr von Fehlauslegungen und Irrtümern ausgesetzt. In seltenen Ausnahmefällen nur werden

---

26) And. Arndt JZ aaO S. 633, DRiZ aaO S. 171, wonach das Verbot im Grundgesetz den (positiven!) Charakter einer Gewährleistung des Rechtswegs, des richterlichen Rechtsschutzes angenommen habe.

der fehlerhaften Besetzung wirklich unlautere Richtervertauschungsabsichten, wie sie Art. 101 I S. 2 GG im Auge hat, zugrundeliegen.[27)]

Aus diesen Überlegungen heraus ist es gerechtfertigt, den Nachweis echter Willkür im obengenannten Sinne zu verlangen.[28)] Nur so läßt sich vermeiden, daß das BVerfG mit Richterentziehungsbeschwerden überschwemmt wird, für die kein wirklich sachliches Bedürfnis besteht.[29)] Der Ausnahmecharakter der Verfassungsbeschwerde muß erhalten bleiben, das Schwergewicht bei den üblichen prozessualen Rechtsbehelfen belassen werden.

Daß diese Rechtsbehelfe für den Regelfall ausreichenden Schutz gewähren, sollte im 2. Teil der Untersuchung anhand eines wichtigen Einzelbeispiels: der vorschriftswidrigen Besetzung aus Verhinderungsgründen - deutlich gemacht werden.

---

27) Daß dagegen auch unser - wie man glauben sollte - so gefestigter Rechtsstaat nicht schlechthin gefeit ist, scheinen die Vorgänge beim LG Bonn im Zusammenhang mit der sog. "Kilb-Affäre" wieder einmal zu beweisen. Ein abschließendes Urteil ist allerdings noch nicht möglich, ehe nicht der Bericht des parlamentarischen Untersuchungsausschusses des nordrhein-westfälischen Landtages vorliegt.

28) Folgte man Arndts - inhaltlich entleertem, nur noch dem Namen nach aufrechterhaltenen - Willkürbegriff, dann müßte übrigens konsequenterweise auch § 67 GVG für verfassungswidrig erklärt werden. Dort wird bestimmt, daß der Präsident bei Verhinderung des regelmäßigen Vertreters einen zeitweiligen Vertreter bestellt - eine Richterauswahl ad hoc also, gegen die sich Arndt ja gerade wendet! Niemand erwägt jedoch ernstlich, auf die durch § 67 GVG im Interesse glatter Arbeitsabwicklung ermöglichten unentbehrlichen Sofortmaßnahmen wegen verfassungsrechtlicher Bedenken zu verzichten. (Allerdings muß eine strenge Beschränkung auf "Notmaßnahmen" gefordert werden, vgl. dazu OLG Düsseldorf NJW 61/1319.)

29) S. dazu auch Schräder DRiZ 57/321, Ostler JR 57/454 und Ule DVerwBl. 53/13.

Schlußwort

Es war nicht die Absicht dieser Untersuchung, in juristisches Neuland vorzustoßen oder eine Praxis, die sich - wenigstens in den Umrissen - eingespielt und bewährt hat, durch neue Theorien in Frage zu stellen. Vielmehr ging es darum, den Begriff der Richterverhinderung einmal im Zusammenhang abzuhandeln und hierbei auf manche Ungereimtheit, Widersprüchlichkeit oder auch Nachlässigkeit in der Rechtsprechung und im Schrifttum aufmerksam zu machen. Gerade etwa bei der Abgrenzung der dauernden von der vorübergehenden Verhinderung oder bei der Umschreibung dessen, was man unter einem richtungweisenden Einfluß des ordentlichen Vorsitzenden zu verstehen hat, bewegen sich die Gerichte vielfach noch auf recht schwankendem Boden und kommen, auch wenn die Sachverhalte im wesentlichen gleichliegen, häufig zu den unterschiedlichsten Ergebnissen. Mit der Unbestimmtheit allein, die Begriffen wie "dauernd" oder "vorübergehend" ihrer Natur nach innewohnt, läßt sich dies nicht rechtfertigen. Es sollte vielmehr gezeigt werden, daß es gewisse feste Begriffskerne gibt, von denen stets auszugehen ist und sich eine im großen ganzen zuverlässige Beurteilung des einzelnen Falles vornehmen läßt.

Hierauf sind heute in einer Zeit wachsender Rechtsmittelfreudigkeit die Gerichte ebenso angewiesen wie die Anwälte und ihre Mandanten. Beiden Teilen müssen brauchbare Maßstäbe an die Hand gegeben werden. Etwas zu viel Formalismus ist dabei gewiß weniger schädlich als zu viel Großzügigkeit, denn leicht kann diese umschlagen in Nachgiebigkeit und mangelnde Widerstandskraft gegen rechtsstaatsfeindliche Tendenzen, die auf Beeinflussung der Rechtsprechung und Unterminierung der richterlichen Unabhängigkeit abzielen. Mehr noch, als es durch die verstärkte Judikatur der letzten Jahre geschehen ist und weiter geschieht, muß das Bewußtsein für die vorstehend behandelten, in ihrer Bedeutung gewiß nicht zu unterschätzenden gerichtsverfassungsrechtlichen Fragen geschärft werden. - Vielleicht kann diese Arbeit hierzu einen kleinen Beitrag leisten.

L e b e n s l a u f

Am 21. September 1935 wurde ich in Saarbrücken geboren. Mein Vater war der 1937 verstorbene Kaufmann Henri Roever, meine Mutter ist Frau Maria Eickemeyer, verw. Roever, geb. Sander. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

In Saarbrücken und ab Sommer 1943 in Nierstein am Rhein besuchte ich die Volksschule. 1945 trat ich in die Oberschule in Oppenheim/Rhein ein und wechselte im Sommer 1947 zur Wilhelms-Oberschule nach Stuttgart über. Dort bestand ich am 12. Februar 1954 die Reifeprüfung.

Im Sommersemester 1954 begann ich an der Universität Tübingen mit dem Studium der Rechtswissenschaften. Im 4. bis 6. Semester studierte ich an der Freien Universität Berlin und kehrte dann nach Tübingen zurück, wo ich am 1. Juli 1959 die Erste juristische Staatsprüfung ablegte. Seit 1. August 1959 stehe ich im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg.